8

BREVE APVNTAMIENTO

DE LA JVSTICIA

QVE ASSISTE A LOS HIJOS, Y HEREDEROS

DE DOÑA MARIA SALVADORA DE VARGAS,

MVGER QVE FVE

DE D. JACINTO MANVEL SERRANO:

D. Manl. de Salana Discip.o y del Abogado q Descrive

AL XEFE DE ESQVADRA

DON MANVEL LOPEZ PINTADO,

Caballero del Orden de Sant-Iago, Veinteiquatro de Sevilla,
que repreſenta ſu derecho:

EN EL PLEITO

QVE SIGVEN

CON DON JVAN JOSEPH DEL CASTILLO,

Secretario de ſu Mageſtad, y Eſcribano de Cabildo della:

SOBRE

LA NVLIDAD DE LOS AVTOS DE EXECVCION,

y Remate de una caſa de dichos Herederos, y que ſe reſtituya con ſus frutos, y rentas, y ſe revoque el Auto del Juez Ordinario, que la denegò aprobando de nuevo dicho Remate.

1 LA NECESSIDAD, QVE D. MANVEL Lopez Pintado tiene de la caſa que ſe litiga para la fabrica de la principal; que eſtà labrando immediata à ella, fue eſtimulo para buſcar ſu legitimo dueño para que ſe la vendieſſe; y haviendo conſtado à Don Jacinto Manuel Serrano eſta ſolicitud, deſeando ſu alivio, y el de ſus hijos, como dueños que ſon de dicha caſa, por el interès, que tienen los Acreedores tributarios contra ella, buſcò à el dicho Don Manuel, para que ſe la compraſſe con el cargo de los cenſos, para que por eſte medio quedaſſen dichos Acreedores ſatisfechos, y el dicho Don Jacinto, y ſus hijos libres de ſu paga; y eſto diò motivo à que con efecto ſe executaſſe la venta, como ſe executò, vendiendo, cediendo, y traſpaſſando el dicho Don Jacinto por sì, y como Padre, y legitimo Adminiſtrador de ſus hijos la dicha caſa al referido Don Manuel Lopez Pintado, con cargo de pagar, y reconocer el tributo de 16 ∪. mrs. impueſto ſobre ella, ſin otro precio, ſubrogando, y poniendo en ſu proprio lugar, y derecho à el dicho Don Manuel; y por tener noticia, que eſtaba vendida ſin ſu citacion, y demàs ſolemnidades de derecho, dieron poder, y facultad à el dicho Don Manuel, para que en ſu nombre, ò en el de los Vendedores intentaſſen la nulidad de la venta, y remate de dicha caſa; y haviendo ſido aceptada ſe intentò dicha nulidad à nombre de dicho D. Jacinto por sì, y ſus hijos, pidiendo ſe les mantuvieſſe en la poſſeſsion de ella por las razones, que adelante ſe diràn, y ſe condenaſſe à el dicho Don Juan à la reſtitucion con los frutos, y rentas, que han rentado, y podido rentar haſta la efectiva reſtitucion; cuya defenſa ha ſalido coadjuvando el dicho Don Manuel Lopez Pintado por ſu proprio interès, y por haver el Juez Ordinario denegado dicha nulidad, y mandado llevar à debido efecto el dicho remate, aprobandolo nuevamente; han apelado los dichos Don Jacinto por sì, y ſus hijos, y el dicho Don Manuel, cada uno por lo que le toca, y piden ſu revocacion; y que ſe mande hacer, como tienen

pedido; y para mayor claridad de su defensa dividen este apuntamiento en tres discursos.

2. En el primero se funda: *Que el dominio, y possession de dicha casa al tiempo, que se siguiò el Pleyto executivo, en que se hizo dicho remate, y al tiempo de èl, era dueño, y posseedor de dicha casa la dicha Doña Maria Salvadora de Vargas, muger que fue de dicho Don Jacinto Serrano, y por ella sus menores hijos, y herederos, en virtud de legitimos titulos; y que nunca fue dueño, ni posseedor de ella el Marquès de Castellon, con quien se substanciò dicha execucion, y remate.*

3. En el segundo se fundarà: *Que los Autos de dicha execucion, y el remate que en ellos se hizo de la referida casa en el dicho Don Juan Joseph del Castillo, y todo lo demàs en su virtud executado, son nulos, y contienen nulidad notoria, à mas de la injusticia, que dicho remate contuvo.*

4. Y en el tercero: *Se darà plena, y clara satisfaccion à las excepciones opuestas por el dicho Don Juan, y se manifestarà, que ninguna de ellas puede ser estimable para mantener dicho remate, y elidir dicha nulidad*; y mediante que se ha hecho memorial ajustado de el Pleyto, se omite hacer relacion del hecho, y desde luego se passa à discurrir los puntos de derecho en la forma siguiente.

DISCVRSO PRIMERO.

SOBRE EL DOMINIO, Y POSSESSION de dicha casa en Doña Maria Salvadora de Vargas, y sus hijos.

5. AVnque en lo primitivo por derecho natural los bienes eran communes, y bastaba el simple uso de ellos, y despues por el de las Gentes se apropriaban *primo occupanti*, por derecho posterior se introduxeron diversos modos de adquirir el dominio de ellos, que en substancia se reducen por contratos honerosos, ò lucrativos *sequuta traditione vera, vel ficta, ut in leg. quod meo D. de acquir. possess. leg. traditio. D. de acquir. rer. domin.* y por *succession universal sequuta aditione, ut in leg. cum hæredes D. de acquir. posses. leg. 1. & per tot. D. & C. de petition. hæreditat.* y tambien por restitucion hecha à el Heredero, por legado, adopcion, arrogacion, ingresso en Religion *sequuta professione*, sentencia, transaccion, matrimonio, ò

ò por otro qualquier contrato, que induzga titulo, y translacion de dominio, *ut latè explicavit Ant. Gom. in leg. 45. taur. à n. 1. usque ad 5.* donde lo prueba con los textos terminantes, y se canoniza con la *ley 1. & per totum titulum 28. part. 3.* De que infiere *Gom. ubi supra,* que el dominio *non est qualitas cohærens rei, sicut servitus, nec est idem quod ipsa res corporalis; sed est quodam jus plenum, & dotale cohærens personæ producens plures effectus, qui diriguntur in ipsam rem, & ejus possessores.*

6. De estos modos de adquirir el dominio de dicha casa, concurren tres titulos, por donde perteneciò à la dicha Doña Maria Salvadora; el primero de venta por causa honerosa, y data à tributo, que otorgò Doña Maria de Ayala à favor de Doña Juana de Vargas, en que se la diò, y vendiò con el cargo de 19ꝗ.mrs. de renta perpetua cada año, que despues los reduxo à 16ꝗ. mrs. para la Capellania, que fundò en la Iglesia de Sant-Iago el Viejo, con el cargo de mil mrs. cada año a el Convento de Monjas de Santa Paula, y la dicha Doña Juana hizo manda, y legado de dicha casa à Doña Luisa de Ayala, y mandò, que si esta muriesse sin hijos, la gozàra por su vida Doña Maria de Vargas, y sus descendientes, y que muriendo sin ellos, viniesse à Don Juan Alonso de Vargas, y à sus hijos, y sucessores libremente, y sin mas cargo, ni gravamen, que el de dicho tributo, cuyos titulos se expressan por menor en el Memorial, desde el num. 20. hasta el 23.

7. Y esto mismo consta del reconocimiento otorgado por el dicho Don Juan de Vargas Ponce de Leon, Padre de dicha Doña Maria Salvadora, el año de 674. n. 7. de el Memorial, en que consta, que como dueño, y posseedor, que entonces era de dicha casa, reconociò dos tributos à favor de la Fabrica de Sant-Iago, y se obligò à pagar los reditos, que de ellos havia quedado debiendo la dicha Doña Maria de Vargas, desde el año de 655. que muriò, declarando ser parte de los 16ꝗ.mrs. de tributo, q̃ se pagaban à la Capellania de Doña Maria de Ayala, de q̃ era Patrono, y q̃ el dicho D. Juan huviesse sido el dueño, y posseedor de dicha casa, y q̃ por su muerte la huviesse heredado la dicha Doña Maria Salvadora su hija, lo tiene assi confessado el referido Marquès de Castellon el año de 717. en autos seguidos ante el Juez Eclesiastico, como consta del Memorial, n. 17. y esto mismo confessò el Mayordomo de dicha Fabrica el año de 703. quando dicho Marquès le pidiò la quenta de la administracion de ella, diciendo, que no era parte para pedirla, por no ser dueño, ni posseedor de

dicha casa, y q̃ quien lo era, fue la dicha Doña Maria Salvadora, muger del dicho D. Jacinto, como hija del dicho Don Juan de Vargas, como consta del Memorial, n. 15. y tambien lo tiene confessado el dicho Don Juan del Castillo, en su pedimento, fol. 67. de los Autos, y el mismo hecho del Marquès lo està manifestando; pues consta del Memorial, num. 14. que por Febrero del año de 703. como Patrono de dicha Capellania diò pedimento ante el Provisor, pidiendo possession de dicha casa para administrarla, y con su renta pagar las Missas.

8. El segundo titulo de la dicha Doña Maria Salvadora, fue el de herencia del dicho Don Juan de Vargas su Padre; pues haviendo este muerto *abintestato*, consta del Memorial, num. 25. que el Albacea dativo, que se nombrò entre los demàs bienes del dicho Don Juan puso por inventario la dicha casa, diciendo, que estaba maltratada, y que el susodicho estuvo en animo de dimitirla, y que por su muerte quedaron tres herederos, que lo fueron Fr. Luis, y Fr. Manuel de Vargas, Religiosos de la Orden Tercera de San Francisco, y la dicha Doña Maria Salvadora, y que todos tres pidieron se les declarasse por sus herederos abintestato, y con efecto se declararon por tales; y no se passò à hacer la particion; porque todos tres herederos con las solemnidades, y licencias necessarias se transigieron por escriptura publica, por la qual dichos Religiosos, y su Convento en 31. de Julio de 696. se contentaron con diferentes bienes, que eligieron, en que no se incluyò la dicha casa, y esta, y todos los demàs bienes restantes los renunciaron à favor de la dicha Doña Maria Salvadora, como tambien los del Mayorazgo, que vacò por muerte del dicho su Padre, como consta del Memorial, n. 12.

9. Y el tercer titulo es, el de dote; pues como consta en el Memorial dicho num. 12. estando dicha Doña Maria Salvadora para casarse con el dicho Don Jacinto el dia 12. de Agosto del mismo año de 696. otorgaron Escriptura de capitulaciones matrimoniales, por la qual la dicha Doña Maria Salvadora, y Doña Violante de Guzman su tia, y como su tutora, y curadora prometieron en dote à el dicho Don Jacinto Serrano diferentes bienes, y entre ellos la dicha casa, aunque sin aprecio, ni estimacion, si bien en ella se dixo, que se havia de hacer despues de todos los bienes prometidos, y que el dicho Don Jacinto havia de otorgar recibo, y carta de dote à favor de la susodicha; y aunque no consta, se hiciesse tal aprecio, consta n.42. del Memorial por testimonio

monio presentado por dicho Don Juan del Castillo, que despues de celebrado dicho Matrimonio, el dicho Don Jacinto saliò à los autos del *abintestato* de su Suegro, y como marido, y conjunta Persona de la dicha Doña Maria Salvadora, pidiò la possession de los bienes del Vinculo, que vacò por muerte de el dicho su Suegro, y que se le mandò dàr, y la tomò judicialmente, y entre ellos la tomò tambien de la dicha casa, y se le hizo saber à una muger, que en ella estaba, q̃ dixo llamarse Doña Maria Riquelme Melgarejo.

10. Por cuyos titulos se viene en claro conocimiento, que la dicha casa, su dominio, y possession perteneciò legitimamente à la dicha Doña Maria Salvadora de Vargas, y que vino à poder de la susadicha gravada con quatro censos, los dos de la Fabrica de Sant-Iago, otro al Convento de Monjas de Santa Paula, y otro à la Capellania de Doña Maria de Ayala, todos los quales compusieron los 16ʒ.mrs. con que la dicha Doña Maria de Ayala fundò la Capellania: con que no queda reparo, que poder oponer contra dichos titulos, hasta la dicha Doña Maria Salvadora, y menos contra los Menores sus hijos despues que muriò, que son los que han hecho la venta, y traspasso al dicho D. Manuel Lopez Pintado, que los representa, y tiene causa de ellos en virtud de la venta, cession, y traspasso, que le hicieron, y consta num. 22. y 23. del Memorial.

11. Esta prueba instrumental se halla calificada con la plena probanza hecha por parte de los dichos Don Jacinto, y Don Manuel; pues como consta, num. 30. del Memorial, la hicieron con quatro testigos de vista, y conocimiento, y el uno de ellos fue el Mayordomo de dicha Fabrica Don Baltasar Crespo, que lo fue desde el año de 686. hasta el de 708. quien depone, que dicha casa fue del dicho Don Juan Alonso de Vargas, y viviò en ella, y que de èl cobrò la renta de sus tributos; y que en el de 95. diò sobre èl una libranza; y los otros tres contestan de haver visto al dicho Don Juan posseer la dicha casa, y vivir en ella; y esto mismo contesta el Marquès de Castellon en su declaracion, num. 29. del Memorial, diciendo, que era notorio, que dicha casa fue del dicho Don Juan de Vargas, Padre de la dicha Doña Maria Salvadora, y que esta fue su unica heredera, y que los conociò vivir en ella; y lo prueba el hecho del reconocimiento, y la declaracion del mismo Don Juan de Vargas, num. 2. del Memorial, que se le recibiò para citarlo de remate en la execucion, que contra èl si-

guiò

guiò el Convento de Santa Paula, en que declarò ser posseedor de ella.

12. Probado, como està con tan legitimos titulos el dominio, y possession que tuvo la dicha Doña Maria Salvadora de la referida casa, y que por su muerte, que fue el año de 706. recayò en los dichos sus hijos; resta averiguar, que el Marquès de Castellon en ningun tiempo ha tenido, ni lo uno, ni lo otro, para recaer en la nulidad de los autos hechos con su citacion, y sin la de dichos Menores, como se dirà en el Discurso segundo. Para lo qual es necessario volver à reflexionar lo que và dicho, num. 5. y tener presentes las doctrinas alli citadas de los modos, con que se adquiere el dominio de las cosas immuebles, y porque titulos, y ninguno de ellos se hallarà, que concurra en el dicho Marquès; pues ni tiene titulo de compra, ni de donacion, ni de herencia, ni de legado de la dicha casa, ni otro alguno honeroso, ni lucrativo, por donde le pertenezca, y menos la possession; porq̃ ninguno se la diò, ni la aprehendiò *vera, ni ficta* en virtud de titulo, ni de mandamiento alguno, porque nunca lo tuvo, ni tal cosa consta de los autos; pues lo que dixo en su declaracion expressada n.5. del Memorial el año de 723. con que se citò de remate en la ultima execucion, no fue, que era dueño, ni posseedor, sino que la estaba gozando, y posseyendo, que es cosa mui diferente, como en el segundo Discurso se dirà, y no pudiera decir otra cosa, quando consta num. 14. del Memorial, q̃ pidiò el año de 703. possession de ella *en administracion como Patrono de dicha Capellania para administrarla, y con su renta pagar las Missas*, y ni aun en esta forma consta, que se le diesse; pues aunque la pidiò, no llegò el caso de dàrsela, como ni tampoco el que la tomasse à tributo; porque sin embargo de que lo pretendiò, tampoco tuvo efecto; porque luego que se le pidiò diera fianzas con hypotheca de bienes libres, se retirò de esta pretencion, como consta del Memorial n. 15. y 16.

13. Y si fuera dueño de la casa, no pidiera, que se le diera à tributo, y si tuviera possession de ella no la pidiera en administracion, y el mismo hecho de pedir la possession prueba no tenerla; y no pudiera ser de otro modo, respecto de que en sus declaraciones num. 17. y 29. del Memorial tiene confessado lo contrario, diciendo, que el dueño, y posseedor de dicha casa fue el dicho Don Juan de Vargas, y que por su muerte lo fue la dicha Doña Maria Salvadora; y que no huviesse tenido efecto la data à tributo consta del testimonio del Juzgado Eclesiastico, relacionado

num.

num. 37. del Memorial, respecto de lo qual no dixo bien en su declaracion, citada n.29. del Memorial, que se le rematò la casa en 15ʒ800. reales, con la calidad de gastar 10ʒ.en obras, y quedar à tributo 4500. en que se hizo regulacion. Y lo que se saca es lo mismo, que dixo en dicha su declaracion, citada en el Memorial dicho, num. 29. al ingresso de ella, de que el año de 704. queriendo estender su casa por su mucha familia, se introduxo voluntariamente en ella, sin mas authoridad que la suya; y esto mismo confiessa el dicho Don Juan del Castillo en la tercera pregunta de su interrogatorio, n. 33. de que se introduxo en ella el de 703. y que entonces hizo la incorporacion; y aunque en dicha declaracion, num. 29. del Memorial negò haverla pedido graciosamente à dicho Don Jacinto, se infiere, que no fue de otro modo; pues no podia introducirse de su autoridad en casa agena.

14. De todo lo qual resulta, que al tiempo, que el Convento de Santa Paula siguiò dicha execucion el año de 723. y se citò de remate en ella al dicho Marquès, y se rematò dicha casa en el dicho Don Juan, eran los verdaderos dueños, y posseedores de ella los Menores hijos del dicho Don Jacinto Serrano, y de la dicha Doña Maria Salvadora de Vargas su muger, y que entonces, ni en otro tiempo alguno fue posseedor, ni dueño de ella el referido Marquès de Gastellon, ni persona legitima para substanciar con èl los dichos autos, y que en haver substanciado con èl se procediò con manifiesta nulidad, y no quedò perjudicado el derecho de dichos Menores, y que estos son partes legitimas, y formales para la demanda intentada por el dicho Don Jacinto, y coadjuvada por el dicho Don Manuel. De que se harà suficiente expresion en el Discurso siguiente.

DISCVRSO SEGVNDO.

SOBRE LA NVLIDAD DEL REMATE, y demàs autos de execucion, y ſobre que à dicho D. Juan ſe condene à la reſtitucion de dicha caſa con ſus frutos, y rentas.

15. FVndado, como queda el dominio, y poſſeſsion de dichas caſas en los dichos Menores al tiempo de la execucion, y remate de ella, queda patente, y clara la referida nulidad, que contuvieron los autos de execucion, y remate; pues todos ellos ſe executaron ſin citacion de dichos Menores, ni de parte alguna por ellos, y ſolò ſe ſubſtanciaron con el dicho Marquès, que no lo era, como và dicho; pues no admite controverſia, que en los juicios executivos quando ſe trata de vender los bienes à inſtancia de algun acreedor, debe ſer citado preciſamente el deudor *ex l. creditor. C. de diſtract. pign.* ibi: *Creditor hypothecas, ſeu pignus cum proſcribit, notum debitori facere, & ſibi bonà fide rem gerere*; *& Acurſ.* ait: *Quod hæc citatio eſt de neceſsitate in gloſſa in leg. debitores C. de pignor.* y lo miſmo diſpone la *l. 42. tit. 13. partit. 5.* & *D. Franciſcus Hieronymus de Leon, part. 2. in reſponſivis pro Antonio de Tallada, poſt deciſſ. 173. n. 134. 135. & 149.* Y es diſpoſicion expreſſa de la *ley 19. tit. 21. lib. 4. recop.* donde ſe diſpone, que para proceder à la ſentencia de remate ſe debe citar al deudor contra quien ſe procede; y eſte no lo era el dicho Marquès, porque no era dueño, ni poſſeedor de dicha caſa, contra quien ſe procedia, ni havia hecho reconocimiento, ni tenia cauſa de los obligados à el cenſo de Santa Paula, ni à los demàs, antes ſi era acreedor, como Patrono de la Capellania de Doña Maria de Ayala, y como tal no era deudor à quien ſe debia citar; y que no lo fueſſe, y ſi los dichos Menores, yà conſtaba en los autos, pues como conſta n. 2. del Memorial, ſe havia ſeguido otra execucion contra dicho D. Juan de Vargas ſu Abuelo, en la qual ſe le recibiò ſu declaracion, y havia declarado ſer poſſeedor de dicha caſa, y como tal ſe le citò de remate, y fue vencido por ſentencia, y teniendo eſto preſente, ſe debieron buſcar ſus herederos para citarlos, y no à el Marquès, que nada tenia en di-

dicha casa, y en haverlo hecho, y substanciado con el, se procediò con notoria nulidad.

16. Y aunque se quiera decir, que se bascò al Marquès, porque gozaba dicha casa, este en su declaracion no dixo, que la posseìa, sino que la estaba gozando, y posseyendo, y con esta declaracion no pudo ser citado de remate, ni para el que se hizo; por la gran diferencia q̃ hai en posseer una cosa, ò està en possession de ella; porque el que possee es por sì, y el que està en possession es *nomine alieno*, y no puede ser citado *nomine proprio juxta leg. officium D. de rei vindicat. leg. acquiritur D. de acquir. rer. dom. & leg. certè D. de precar.* Y no haviendo declarado ser posseedor, sino que estaba en possession; no pudo ser citado como posseedor, y su citacion fue nula, y no causò perjuicio à los verdaderos dueños, y posseedores, en cuyo nombre estaba gozando, y posseyendo dicha casa.

17. Y aunque esto era lo bastante para q̃ se diesse por nulo el juicio, y remate en el hecho; concurren otras nulidades especiales, que contiene, por las quales debe declararse por nulo; porque para el remate de bienes immuebles debe ser primero citado el dueño, y posseedor de ellos, como deudor de la cantidad que se pide, y à quien se pretende vender, *juxta dict. leg. 19. tit. 21. lib. 4. recop.* y es doctrina de *D. Salg. de reg. protect. part. 4. cap. 5. à n. 9. ad* 18. donde funda, què en este caso, si por defecto de esta citacion se apela del Juez Eclesiastico, y no otorga la apelacion, llevado por via de fuerza al Tribunal Real, se declara que la hacè *in non defferendo, etiam si sit judex merus executor.* Està citacion no se hizo a los Menores, ni à su Padre por ellos, como de los autos consta, y sin ella se pasò à celebrar el remate: luego el que se hizo es notoriamente nulo. Y que esta citacion sea de necessidad, y deba preceder al remate lo fundò tambien *Mangil. de subhast. quæst. 3. &* 183.

18. Y si esto procede en qualquiera remate de bienes de Mayores, con mucha mas razon deberà practicarse en los de Menores, pues quando los bienes de estos se venden sin las debidas solemnidades, y falta alguna, es *ipso jure* nulo el remate, y venta de ellos, y les compete el beneficio de la restitucion, ademàs de la nulidad *juxta leg. 1. & 2. C. de fil. instrum. & jure, & hastæ fiscalis lib.* 10. con el qual lo funda *Gutierr. lib. 1. practic. quæst.* 38. *n.* 10. *& lib. 7. quæst.* 140. *à n.* 2.

19. Y caso negado, que pudiera citarse al que està en el

go-

goze, y possession de los bienes, solo pudiera entenderse quando se trataba de cobrar de los frutos, y rentas, pero no quando se trataba de vender, y enagenar la propriedad; porque en este caso no basta citar al que tiene el goze, y por esta razon *D. Castill. de usufruct. cap. 34. à n. 6.* propone la question à quien se deba citar quando se procede contra los bienes de que uno tiene el usufructo, y otro la propriedad, y con la erudicion, que acostumbra hace esta misma distincion, diciendo, que si se trata de cobrar del usufructo se debe citar al usufructuario, que lo està gozando, pero si se procede contra la propriedad, ò se trata de su perjuicio, se debe citar al dueño de ella, lo què tambien fundò *Pinel. de bon. matern. part. 2. in leg. 1. C. eod. versic. similiter, & cum leg. sæpe D. de re judic. Addition. ad Gamm. deciss. 266. part. 2.* De que se sigue, que si al Marquès se le considera usufructuario de dicha casa, por haver dicho, que la estaba gozando, y posseyendo, no haviendose tratado de cobrar el tributo de la renta de ella, sino de vender, y enagenar su propriedad, no se debiò citar al dicho Marquès, sino à la parte de dichos Menores, cuya era, y quienes tenian el dominio, y possession de ella.

20. Con que concurre, que ni aun usufructuario se pudo considerar, pues ninguno le diò el usufructo, sino un mero detentador de dicha casa durante la voluntad de su dueño; y esta detentacion *nihil aliud est quam nuda, & simplex insistentia rei, quæ consistit in facto, ex qua nec dominium, nec possessio aliqua resultat propter qualitatem personæ, vel rei, vel ex ipsa natura actus. Juxta leg. 1. C. & D. de rei vindicat. & Doct. Gometis in dict. l. 45. taur. n. 6.* y prosigue diciendo, ibi: *Si traditur mihi aliqua res, vel ego eam accipio, & est actus, per quem non potest causari possessio juridica, certe tunc dicor habere nudam detentationem, & illa dicitur nuda, & simplex detentatio;* y saca por consequencia, que el dueño de la cosa puede reivindicarla, y sacarla *à quocumque possessore, modò habeat titulum, modò non, mediante actione reali vindicationis;* por lo qual no haviendo sido dicho Marquès dueño, ni posseedor, ni usufructuario de dicha casa, sino un mero detentador, no fue parte legitima para citarlo para la venta, y enagenacion de la propriedad de dicha casa, y no obstante haver substanciado con èl, tienen accion dichos Menores para anular dicho remate, y reivindicarla *actione reali vindicationis* contra el dicho Don Juan Joseph del Castillo, como lo pudieran haver hecho contra el Marquès antes de dicho remate.

21. Y al numero septimo explica quando se entienda mera

ra

ra detentacion, y no possessión, para lo qual propone diferentes casos. El primero de la *l. nunquam nuda D. de acquir. rer. dom.* cuyas palabras transcribe, y son las siguientes, ibi: *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio, aut aliqua justa causa præcesserit propter quam traditio sequeretur*, con la qual afirma, que en este caso *nullus contractus censetur intervenisse etiam tacitus quia in isto casu sola detentatio transit*; y que si algun contrato tacito se presume es deposito, ò merè precario, y no venta, ni donacion, ni otro alguno de adquisicion de dominio, y possession, lo que parece que conviene à la intrusion de dicho Marquès en dicha casa; pues no huvo para ello otro motivo, que el permisso del dicho Don Jacinto Serrano en dexarsela habitar.

22. El segundo es: *Quando expressè traditur res ex causa, vel titulo non habili ad translationem dominii, ut si tradatur ex causa commodati, locationis, vel depositi*; porque entonces no se transfiere el dominio, ni possession *ex l. rei commodatæ D. commod. l. licet versic. rei depositæ D. deposit. l. qui universas, §. fin. D. de acquir. posses. leg. officium D. de rei vindic. l. 2. tit. 3. partit.* 5. porque en este caso se entiende la cosa dada para el uso, y custodia, y no con respecto de adquisicion de dominio, y possession, y con mas razon quando la cosa que se dà es alguna casa para habitarla, pues *alius & habitare, & aliud est possidere*; y prosigue *dict. Anton. Gomez, usq. ad n.* 10. proponiendo otros casos en que el detentador no adquiere dominio, ni possession.

23. Pero los dos aqui expressados son los que concurren, y conciernen al punto de que se trata; porque siendo dueños, y posseedores de dicha casa la dicha Doña Maria Salvadora de Vargas, y Don Jacinto Serrano su marido, este permitiò, que dicho Marquès la habitara, y usara de ella, abriendole puerta à su casa principal para tener mas commodo uso, sin haversela vendido, ni donado, ni dexadosela por otra causa, mas que para que se hiciesse pago del tributo que debia cobrar como Patrono de dicha Capellania, en la suposicion, que estaria pagado el de la dicha Fabrica de Sant-Iago, que antes la estaba administrando, y asi lo manifestò expressamente dicho Marquès quando pretendiò la possession de ella ante el Juez Eclesiastico; pues la pidiò como Patrono el año de 1703. diciendo expressamente, que era *para administrarla*, quitandole al Mayordomo de dicha Fabrica la administracion que de ella tenia; y siendo la que dicho Marquès tuvo *merè præcaria* para dicho efecto, se manifiesta ser

 mero

mero detentador ſin dominio, ni poſſeſsion para poder haverſe conſiderado por parte en la execucion, y remate de dicha caſa, q̃ no lo pudo ſer; y eſto ſe tuvo mui preſente al tiempo q̃ ſe rematò la principal de dicho Marquès en el concurſo de ſus acreedores; pues en èl eſtando eſta caſa incorporada con la principal, ſe rematò eſta, y no la otra, ſobre que ſe ſufre eſte pleito, lo que no ſucediera ſi eſta fueſſe propria del dicho Marquès, pues tambien ſe huviera rematado.

24. Ademàs de las nulidades, que contuvo la execucion por no haverla ſubſtanciado con perſona legitima, como và dicho, concurren otras, por las quales, aunque el Marquès fuera dueño, y poſſeedor legitimo de dicha caſa, fuera nulo el remate de ella; porque para vender, y rematar judicialmente el acreedor ſu hypotheca debe preceder aprecio, y eſte ſe debe hacer por dos peritos nombrados por ambas partes, y no por uno, ni de oficio. *Authent. de non alienand. aut per mutand. reb. Eccleſ. §. quod autem Collat. 2. Ant. Gom. lib. 2. var. cap. 9. verſic. 4. infero n. 5. & verſic. ſi vero. D. Amay. in leg. 2. C. de jure fiſc. ex n. 14. & Ayll. in dict. cap. 9. n. 6. Pat. Thom. Sanch. de matrim. lib. 7. diſp. 113. n. 16. & Aceved. in leg. 4. tit. 14. lib. 8. recop. n. 40.* lo que no ſe practicò en el caſo preſente, que ſolo ſe hizo el aprecio por Juan Navarro, nombrado de oficio por ambas partes.

25. Y otra es, que debiendo los apreciadores aceptar el cargo, y antes de paſſar al aprecio jurar, que lo haràn bien, y fielmente, *l. hac æditali, C. de ſecund. nupt. §. his illud. Pinel. in leg. 2. de bon. matern. part. 3. cap. 4. n. 3. Maſcard. de probat. concl. 1174. n. 48. & Sanch. & alii ſupra citati, & cum eis Hermoſill. in leg. 56. tit. 5. partit. 5. gloſſ. 6. à n. 39. D. Covarr. lib. 2. var. cap. 13. n. 4. & Far. ſup. eum cum aliis à n. 8. ad 30.* faltò tambien eſta ſolemnidad de derecho; porque dicho Juan Navarro, ſin aceptar, ni jurar el cargo, ni citar al verdadero dueño, y ſeñor de dicha caſa, paſsò à viſitarla, y vino al Oficio, è hizo ſu declaracion del precio.

26. Y no es menor la nulidad, que reſulta del modo de executar dicha viſita; pues para hacerla tambien ſe debiò citar à las partes, citandoles dia, y hora para ella, para que ſi quiſieran, ſe hallaran preſentes, ù otros por ellos, para que el aprecio ſe hiciera integro, y les moſtraſſen todo, y nada quedaſſe por apreciar, para que mejor informados los peritos hicieran legitimo, y verdadero aprecio, *leg. generaliter, §. penultim. C. de reb. credit. leg. 3. C. fin. regund. D. Covarr. lib. 2. var. cap. 13. n. 5. verſic. nona Concluſ. & ibi Far. cum aliis n. 37.*

27. Eſto

27. Esto no se executò, porq̃ sin citar dia, ni hora, ni hacerlo saber à las partes, para que si quisieran se hallaran presentes, y pudieran advertir al dicho Juan Navarro lo que havia de apreciar, y nada dexasse sin darle estimacion, se executò dicha visita, y aprecio, y por esta razon se hizo imperfecto, porque solo apreciò en 5 U. reales, no el todo de dicha casa, sino el area superficial, y las obras modernas, y dexò de apreciar las antiguas, que dicha casa tenia, y sus materiales, maderas, rexas, puertas, y ventanas, que importaba mas que lo que apreciò, lo que no huviera sucedido, si para dicha visita se huviera citado, y señalado dia, y hora, para que las partes se hallaran presentes, como es de derecho, segun las doctrinas expressadas, cuyo aprecio està fol. 32. y con estos defectos se passò à hacer el remate de todas las obras nuevas, y antiguas, y area superficial; cuyos defectos de nombramiento, citacion, y demàs solemnides lo constituyen nulo, y por ellos debe el comprador ser condenado à la restitucion de dicha casa, manteniendo en el dominio, y possession de ella al dicho Don Jacinto Serrano, y sus hijos, y al dicho Don Manuel Lopez Pintado en su nombre.

28. Con esto concurre tambien otra nulidad, que lo recinde, y anula, y es la lesion enormissima que contuvo, y el dolo con que en èl se procediò; pues como và dicho en el *num. anteced.* en el aprecio hecho de oficio solo se apreciaron las obras nuevas, y el area superficial, pero no las antiguas, y sus maderas, y materiales, puertas, escaleras, rexas, y otras obras que tenia, las quales por el Maestro mayor de Fabricas de este Arzobispado, en los autos hechos ante el Eclesiastico, se apreciaron en 7 U730. reales, el año de 703. porque hizo el aprecio de ellas en 15 U730. y de ellas baxò 8 U. para los reparos de que necessitaba, con que para el remate, que se hizo, se dexaron de apreciar los 7 U730. reales de las obras antiguas, que importaron mas que el precio de el remate, y aunque destos baxen los 782. del area superficial, por decir, que està comprehendida en el primer aprecio, queda consistente la lesion en 6 U948. reales, que tambien excede al precio del remate en 1 U948. reales, que no se puede dudar ser lesion enormissima, por ser mas de otro tanto del precio de dicho remate; y siendo esta la que anula, y recinde el contrato, aunque sea judicial, porque se admite contra la subhastacion publica. *D. Salg. de labyrint. credit. part.* 3. *cap.* 10. *à num.* 4. *ubi cum multis n.* 15. defiende, que el comprador nunca està seguro

quan-

quando ſale tercero à reivindicar la coſa rematada, tamquam Dominus, porque en eſte caſo anula el remate. Y al num. 5. defiende, que ſe debe admitir eſte remedio, aunque el remate eſtè aprobado por executoria de Tribunal ſuperior. Es llano, y conſtante, que dicho ramate fue nulo, y ſe debe recindir, y dicho Don Juan ſer condenado à la reſtitucion de dicha caſa à los dichos Menores, y à el dicho Don Manuel Lopez Pintado, que tiene cauſa de ellos, como ſu ceſſonario ſubrogado en ſu proprio lugar, y derecho.

29. Y eſta leſsion ſe hace mas clara con la viſita fol. 517. hecha en 22. de Junio de 722. pues haviendo el Marquès hecho diferentes obras en dicha caſa, pidiò aprecio de ellas ante el Ecleſiaſtico, y ſe mandaron apreciar, y con efecto ſe executò dicho aprecio, y por èl conſta, que ſe taſſaron, y apreciaron en 5U500. reales, los quales juntos con los 7U730. que importaba la obra antigua, componen 13U230. reales; y haviendoſe rematado el todo de la caſa en el dicho Don Juan ſolo en 5U. reales, eſtà manifieſta, y clara la dicha leſsion enormiſsima, y juſtificada con el aprecio hecho de las obras nuevas un año antes del remate, en cuyo precio no caben los principales de los cenſos del Convento de Santa Paula, Fabrica de Sant-Iago, y Capellania de Doña Maria de Ayala; porque eſtos importan 577U320. mrs. que componen cerca de 17U. reales, ſegun lo qual para enterarles dichos principales faltan mas de otros dos tantos mas de lo que importò el precio de dicho remate, ſin los reditos; cuyo daño es digno de tenerſe preſente por ſer en perjuìcio de Obras Pias, y Menores, con quien no ſe ha ſubſtanciado, ni ſe les ha citado, ni oìdo para coſa alguna. Cuyo perjuìcio, y el que ſe puede ſeguir à dichos Menores deſta falta de cabimento ſe ſubſana con la venta, y traſpaſſo de dicha caſa, que el dicho Don Jacinto Serrano, y ſus hijos han hecho à el referido Don Manuel Lopez Pintado; porque fue con el cargo de pagar, y reconocer dichos cenſos, en cuya conformidad ninguna Obra Pia queda perjudicada, y los Menores quedan utilizados en libertarſe de eſta obligacion.

30. Y la reſtitucion, que dicho Don Juan Joſeph del Caſtillo debe hacer no debe ſer tan ſolamente de la dicha caſa, ſino tambien de los frutos, y rentas, que han rentado, y podido rentar, y rentaren deſde el dia del remate, haſta la efectiva reſtitucion; porque aunque en lo regular el comprador de buena fee cumpla con reſtituìr la alhaja, y no tenga obligacion de reſtituìr

los

los frutos, revocado el remate; esto se entiende, quando este se hace con las debidas solemnidades prevenidas por derecho, y no intervino dolo, ni mala fee, pero no quando sucede al contrario de haverse hecho el remate sin las debidas solemnidades; porque por qualquiera de ellas que falte debe ser condenado à la restitucion de los frutos, q̃ la alhaja huviere rentado desde el dia de la detentacion, hasta la efectiva restitucion, como lo fundò *Cevall. comm.contra comm. quæst.* 763. *n.* 48. *limit.* 4. donde con el texto *in leg. & sub imagine in fin. C. de distract.pign.* defiende, que quando en la via executiva en virtud de la sentencia de remate se venden los bienes del deudor, y se apela al Tribunal superior, y se revoca, se mandan restituìr los bienes vendidos con frutos, y dice, que asi lo viò practicar en la Real Chancilleria de Valladolid, y que con èl tambien se practicò, y que esta es la opinion mas comun, y verdadera, y practicada en todos los Tribunales de España, y lo comprueba con la doctrina de *Flor. Diaz de Men. addit. ad Gamm. decis.* 94. y no solo debe el comprador restituir los frutos percebidos, sino tambien los que se pudieron, y debieron percebir, como con otros lo fundò dicho *Cevall. dict. quæst.* 763. *à* 38. Y si esto se debe practicar, quando el remate se revoca, con mucha mas razon deberà entenderse quando es nulo.

31. La razon es; porque todo posseedor de mala fee, à quien se condena à la restitucion de algunos bienes, debe ser tambien con los frutos, *ut vulgare est*, y si la venta, ò remate contiene nulidad, ò lesion, debe ser la restitucion de frutos desde el dia de la venta, y possesion; porque entonces, como la nulidad es *prout ex tunc*, el titulo es invalido, y se reduce *ad non titulum*, y no obra mas efecto, que sino lo huviera havido. Y entonces se tiene al comprador por posseedor de mala fee, quando comprò sin las solemnidades de derecho, *ut defendit Cevall. ubi supra n.* 39. y 41. y haviendo sido el remate hecho en el dicho Don Juan, sin las solemnidades de derecho, como và manifestado en este discurso: se tiene por posseedor de mala fee, y como tal debe ser condenado, no solo à la restitucion de dicha casa, sino tambien à la de los frutos, que ha rentado, y podido rentar, desde que tomò possesion de ella, y con mas razon constandole de los mismos autos de execucion, que el dicho Don Juan de Vargas havia declarado, ser posseedor de ella, y como tal executado, y citado de remate, y debiendo substanciar el remate con sus nietos, hijos de la dicha Doña Maria Salvadora, dandose por desentendido desto, huyò

de

de ellos, y los ſubſtanciò con el Marquès de Caſtellon, que no era dueño, ni poſſeedor de dicha caſa.

32. Eſte hecho de buſcar al dicho Marquès, para ſubſtanciar con èl, manifieſta un dolo mas que preſumpto, el qual reſulta de las declaraciones del dicho Marquès, y dicho Don Juan del Caſtillo, expreſſadas en el Memorial, deſde el num. 47. haſta 52. donde preguntados, què pacto, ò concierto tenian hecho entre los dos ſobre el remate de dicha caſa, y que cantidades ſe havian entregado à quenta de ella, al tercero capitulo declarò dicho Marquès, que no concertò en precio ſeñalado lo que dicho Don Juan le havia de dàr por las obras, y mejoras, que tenia hechas en dicha caſa, y que ſolo à buena quenta havia recebido del ſuſodicho poco mas de 2 ŲJ. reales, de que le tenia hecho reſguardo, y el dicho Don Juan declarò en ſubſtancia lo miſmo; pues confieſſa, que tratando de comprar dicha caſa, le dixo el Marquès tenia credito en ella por mas de 500. ducados, que preciſamente ſe le havian de mandar pagar, y q̃ por eſte motivo dicho Marquès pidiò le preſtaſſe cien peſos, para coſtear el carruage de ſu familia, y que con efecto ſe los preſtò, no por deſquento de las obras de dicha caſa, ſi la compràra, ſino para que ſe los volvieſſe à cierto plazo, ò de ella, ſi tuviera credito, ò de ſu caudal, de que ſe otorgò eſcriptura, y que deſpues de haver comprado decha caſa, y tomado poſſeſsion de ella en algunos ahogos, que ha tenido dicho Marquès, le ha preſtado diferentes cantidades: Con que eſtà deſcubierta la colucion, que huvo entre los dos en la compra de dicha caſa, y por eſta razon, ni el dicho Don Juan ſolicitò los herederos de la dicha Doña Maria Salvadora, para citarlos como dueños, y poſſeedores de dicha caſa, ni dicho Marquès ſe opuſo à la execucion, y remate que de ella ſe hizo en un precio tan infimo, y con una leſsion enormiſsima.

33. Y el interès, que de executarlo aſsi ambos tuvieron, y el perjuìcio, que de ello reſulta contra los Menores, y contra la Capellania de Doña Maria de Ayala, es manifieſto; porque el dicho Don Juan queda utilizado en quedarſe con la caſa por dos tantos menos de lo que vale, y el dicho Marquès conſeguia cobrar clandeſtinamente lo que no pudiera conſeguir en lo judicial; pues aunque huviera hecho algunas obras, no las podia pedir, por dos razones. La una: porque havia eſtado habitando, y gozando la dicha caſa, y compenſada ſu renta con las obras hechas, importàra mucho mas que ellas, ademàs de haver ſido el mayor gaſ-

to en mudarle su figura, y acomodarlas para su mejor uso, incorporandola con la principal, como consta de las visitas. Y la otra: porque si en lo publico saliera pidiendo algun credito, pudiera tener embarazo en su cobranza por sus acreedores, y para evitar estos inconvenientes, discurrieron el rematar dicha casa con la referida simulacion, para quedarse el uno con ella por poco precio, y el otro recuperar lo que no pudiera conseguir, y como la parte de los Menores lo podia contradecir, si la citaran, por ser en su perjuicio, y tambien la de la Capellania, porque se queda sin cabimento, se dicurriò, no substanciar con unos, ni otros, dexandolos perjudicados en un todo, y callando dicho Marquès, dexando indefensa à la Capellania, de que es Patrono, anteponiendo su interès particular al de dicha Capellania, que como Patrono debiò defender. De todo lo qual resulta, que dicho remate contuvo dos nulidades, la una por defecto de solemnidades, y la otra por lesion enormissima.

34. De que se sigue, que los Menores, y el dicho Don Jacinto, como dueño pueden reivindicar la dicha casa con sus frutos, y que lo mas que se les pudiera pedir, fuera, que restituyeran el precio al comprador, y este lo tiene en el deposito en la persona en quien lo hizo, por haver quedado en èl los principales de los censos de la Fabrica, y Santa Paula, porque solo se han librado unas cortas porciones para los reditos, y estos siempre han estado, y estàn promptos à pagarlos volviendoles dicha casa, à compensarlos con lo que ha rentado, y podido rentar. Cuyo remedio se les debe admitir, mediante las referidas nulidades, dolo, y mala fee con que se procediò.

35. Para lo qual es digna de tenerse presente la doctrina de *Carlv. de judic. tit. 3. disp. 24.* en que tratando del remedio, que compete al deudor para recuperar los bienes immuebles rematados a instancias de su acreedor, al *n. 7.* distingue: *Primo, si reus appellaverit, & ad superiores judices causam transmisserit: Secundo, si non appellaverit, & apud inferiorem judicem prætendat recuperationem pignorum sic venditorum.* Y en quanto à lo primero, dà esta solucion. ibi: *Quoad primum dicendum est, posse debitorem, cujus bona in causam judicati capta sunt, & minus justè, aut solemniter debitori vendita, aut addicta per medium interpositæ personæ si appellaverit, pendente appellatione petere apud judices superiores, restituis sibi sua bona vendita, aut addicta soluto debito cum expensis, aut interesse, idque juxta quorundam sententiam intra biennium, aliorum intra quadriennium, aliorum sine*

temporis

temporis præfinitione. Et ſolent judices ſuperiores jubere, ut bona ſic alienata reſtituantur debitoribus, ſolutis creditoribus, debitis cum expenſis, & intereſſe. Cuya doctrina comprueba con el *Sr. Covarr. Didac. Per. Felician. Parlad. Rodrig. Cevall. Azev. y otros; y dict. Cevall. quæſt. 633. ex n. 6.* dice: *Judices ſuperiores in quocumque tempore audire debitores, retrahere volentes bona vendita ex cauſa judicati. Et dict. Carlev. ubi ſupr.* ibi: *Quinimo judices ſupremos non ſolum id facere petentibus, debitoribus, ſed etiam ſolere illis non petentibus, atque etiam ſi confirment ſententiam executionis nihil hominus jubere, ut intra terminum arbitrarium ab eis ſtatutum debitor ſolverit debitum creditori cum expenſis, & intereſſe, creditor reſtituat debitori bona vendita cum fructibus.* Cuyas doctrinas ſon no ſolo en los miſmos terminos del pleito, ſino aun en caſos mas eſtrechos; pues ſin pedirlo el deudor, y ſin prefinicion de tiempo, en que ſe pueda preſcribir eſte remedio, por practica comun en los Tribunales ſuperiores, aunque ſe confirme la execucion, ſe mandan reſtituir los bienes vendidos, con frutos, y en el caſo preſente ſe ha pedido ante el inferior, y por haverlo negado ſe apelò, y ſe continua pidiendo lo miſmo ante V. S. como Tribunal Superior.

36. Y en quanto à lo ſegundo *dict. Carlev. n. 8.* dice, que ſe debe hacer lo miſmo por el Juez Ordinario, ſi ante èl pidiere el deudor la reſtitucion de los bienes vendidos, en virtud de la ſentencia; y la razon es, porque le es licito, y permitido al inferior ſeguir el exemplo de los Superiores, y ſi eſtos *ſine termini perfinitione* pueden mandar reſtituìr los bienes vendidos con frutos, lo miſmo podrà hacer el inferior; aunque *Villadieg. en ſu politic. cap. 2. n. 161.* dice, que eſta facultad de reſtituìr los bienes con frutos al deudor, no compete al Juez inferior, ni lo puede hacer ſin mandato del Superior; y al *n. 9.* proſigue *dict. Carlev.* diciendo las opiniones que hai en la reſtitucion de frutos; una, que defiende el que ſe deben; otra, que no ſe deben; y otra, que diſtingue en eſta forma: *Aut executio eſt nulla ob omiſſam ſolemnitatem, aut alium defectum; & tunc reſtituuntur bona debitori cum fructibus, idemque erit, ſi ſit mala fides in creditore, vel ſuſpitio fraudis. Aut executio peccat in juſtitia, quia res debitoris ſit vendita viliori pretio, ſed citra dimidium juſti pretii, obſervatis tamen cæteris ſolemnitatibus, & tunc creditor lucratur fructus, & res debitori reſtituantur ſine fructibus*; y por ultimo, lo dexa al arbitrio del Juez, para que prudentemente, ſegun los caſos, y circunſtancias mande hacer la reſtitucion con frutos, ò ſin ellos.

37 En

37. En el caso presente concurren todas las circunstancias, que se requieren para la restitucion de los frutos; porque hai nulidades por defecto de citacion, y demàs solemnidades, intervino dolo, y mala fee, por la colusion, que và citada, y hai lesion mas que enormissima; y es el caso, en que, como và fundado, la nulidad es *prout ex tunc*, *& titulus reducitur ad non titulum*, segun lo qual, ni aun arbitrio quedò al Juez, para dexar de mandar restituìr dicha casa con frutos. Y como quiera que se considere esta question, es sobre si se han de restituìr los frutos, y rentas, pero no en quanto à la restitucion de la casa; porque dichos authores la dàn por supuesta, *maxime* en el Tribunal superior.

38. De todo lo qual se sigue, que el remate de la referida casa hecho en el dicho D. Juan es nulo, y contiene nulidades notorias, que resultan de los mismos autos; y que como tal se debe declarar, condenandole à la restitucion de ella con los frutos, y rentas, desde el dia que tomò la possession, hasta la efectiva restitucion, y que el auto del Alcalde, en que dixo, no haver lugar dicha nulidad, aprobando de nuevo dicho remate se debe revocar.

DISCVRSO TERCERO.

EN QVE SE DA SOLVCION CONCLVYENTE à las excepciones, y reparos puestos por dicho Don Juan del Castillo.

39. AVnque el dicho Don Juan ha esforzado su defensa para mantener el remate, que en èl se hizo, proponiendo diferentes reparos, y excepciones, ninguna de ellas es de substancia, ni todas juntas pueden dàrle derecho para mantenerse en dicha casa, como de la respuesta, y satisfaccion de cada una se manifestarà.

40. Se opone por el susodicho, que Don Manuel Lopez Pintado, no puede tener mas derecho à dicha casa, que el que tenian sus vendedores, y esto se confiessa, porque el derecho, que dicho Don Manuel representa, es el mismo, que el de Don Jacinto Serrano, y sus hijos, y por esta razon ha salido coadjuvando el que estos han intentado.

 41. Tam-

41. Tambien opone, que los hijos de dicho Don Jacinto no tienen mas derecho, que el que tenia Doña Maria Salvadora su madre, y se confiessa assimismo; porque el que han intentado el dicho Don Jacinto por sì, y sus hijos, y el dicho Don Manuel, como su cessionario es el mismo, que tocaba, y pertenecia à la dicha Doña Maria Salvadora. Y sobre esto, y lo contenido en el numero antecedente ambas partes estàn conformes.

42. Pero no lo estàn en la consequencia que de esto saca el dicho Don Juan del Castillo, que lo dà como supuesto para decir lo antecedente, y es suponer, que la dicha Doña Maria Salvadora no tuvo la propriedad de dicha casa, y que no teniendola, menos la pueden tener los que la representan; à que se satisface, con lo expressado en el discurso primero; pues no se puede negar, que la dicha Doña Maria, mediante la transaccion hecha con sus hermanos los Religiosos, y Convento de los Terceros, quedò por unica heredera *abintestato* de dicho Don Juan Alonso de Vargas su Padre, y que por tal fue declarada en los autos de su abintestato, y que entre otros bienes se le diò la possession de dicha casa, y que la traxo en dote con otros bienes al matrimonio, que contraxo con el dicho Don Jacinto, y que dicha casa fue una de las alhajas, que se inventariaron por fin, y muerte del dicho su padre; porque todo esto consta instrumentalmente en los autos por los instrumentos en ellos presentados, de que se hace puntual relacion en el Memorial en los numeros que le corresponde; y negar esto es oponerse al verdadero hecho, sin el qual no se puede caminar con seguridad para la determinacion en derecho.

43. Y assimismo niega, que el dicho Don Juan de Vargas, fuesse posseedor de la referida casa, y que el reconocimiento, que hizo de los tributos de la Fabrica como dueño, y posseedor fue erroneo, porque lo hizo como Patrono de la Capellania de Doña Maria de Ayala, y nunca lo fue, como ni tampoco dueño de dicha casa; en lo qual tiene manifiesta exclusion; lo uno, porque ahora no se litiga sobre el derecho del Patronato; y lo cierto es, que por entonces quando se hizo dicho reconocimiento, no consta, quien fuesse Patrono; y lo otro, porque hizo dicho reconocimiento por sì, y como posseedor de dicha casa; y q̃ lo fue tampoco se puede negar, por dos razones. La una: porq̃ sino fuera dueño, y posseedor de ella, no es verosimil, y creible, que se quisiera gravar con obligacion, que no tenia; ni que se obligasse à pagar los reditos atrasados del tiempo, que la posseyò Doña Maria de

Var-

Vargas su antecessora, y en dicho reconocimiento, no solo reconociò los dos tributos de la Fabrica, obligandose à pagar los reditos desde entonces en adelante, sino que tambien se obligò à pagarlos, adeudados por la dicha Doña Maria à los plazos, que consta de dicho reconocimiento.

44. Y la otra; porque assi de los instrumentos, de que và hecha expression en el discurso primero, como de las declaraciones del Marquès de Castellon, à los num. 17. y 29. del Memorial, y de la del dicho Don Juan de Vargas, expressada n. 2. dèl, y de la probanza hecha por los dichos Don Jacinto, y Don Manuel, de que consta n. 30. del Memorial, como del testimonio Eclesiastico, y confessiones del Mayordomo de dicha Fabrica, consta, que dicho Don Juan de Vargas fue dueño, y posseedor de dicha casa, y que como tal reconociò, y pagò dichos tributos, y que por su muerte se inventariò entre los demàs sus bienes, por lo qual no es razon, que estando convencido el dicho Don Juan del Castillo con tantos instrumentos, declaraciones, y probanza de testigos de vista, que lo vieron posseer, y gozar dicha casa, le quiera negar la possession de ella, y suponer, que el reconocimiento fue erroneo, y si el error se le atribuye, porque en èl dixo, que era Patrono de dicha Capellania, no es del caso para el punto del pleito el que lo fuesse, ò no, por no sufrirse sobre dicho Patronato. Y aunque en esto huviera errado, no dice implicacion; pues el que no fuesse Patrono no implica, para que dexasse de ser dueño, y posseedor de la finca de dicha Capellania.

45. Y aunque por esto dice dicho Don Juan, que se prueba la legitimacion del Marquès, no se alcanza, en que se pueda fundar, pues el argumento, que con esto se forma, diciendo, no fue posseedor Don Juan de Vargas, luego lo fue el Marquès, es fantastico, porque aunque no fuera dicho Don Juan el posseedor, no se sacaba bien la consequencia, luego lo fue el Marquès; porque de lo uno no se infiere lo otro; y menos à vista de las declaraciones del mismo Marquès, en que tiene confessado con juramento, que el dicho Don Juan de Vargas fue el dueño, y posseedor de dicha casa, y que lo conociò vivir en ella, y de no haverse presentado instrumento, por donde conste, que lo fuera otro.

46. La misma exclusion tiene lo que alega, de que el remate se substanciò con dicho Marquès, como posseedor de dicha

cha casa; porque en esto mismo, se funda la nulidad; pues el Marquès, nunca fue tal posseedor, y esto èl mismo, lo tiene confessado por el proprio hecho, de haver pedido la possessiõ de ella ante el Eclesiastico, q̃ nunca se le diò, y quando la pidiò no fue por sì, ni para sì, sino como Patrono de dicha Capellania, para *administrarla, y cumplir las Missas*, como consta del Memorial, num. 14. y haviendola pedido *nomine administratorio*, este mismo hecho prueba, que no la tenia, y por esta razon quando se le tomò la declaracion para citarlo de remate, no dixo, que era posseedor, sino que la estaba gozando, y posseyendo, que es cosa mui diversa; porque como và dicho *aliud est possidere, & aliud esse in possessione.* Y aunque por estàr en la possession se quiera decir, que basta que se haya tenido por dueño, y posseedor putativo, para substanciar con èl, y haverlo citado, porque esto le constituìa persona legitima para substanciar el remate con èl, es contra derecho; porque no basta citar al posseedor putativo, para perjudicar al verdadero dueño, y posseedor; pues el caso, en que puede substanciarse con el putativo, es solo *in agendo*, quando el posseedor putativo es actor, y pone demanda sobre defender los bienes, que possee, ò otra utilidad à favor del verdadero dueño, y posseedor, porque entonces se tiene por parte legitima para substanciar con èl, pero no quando es reo convenido por accion, que se intenta, en que el verdadero dueño, y posseedor puede ser perjudicado, porque en este caso, no es parte legitima el posseedor putativo, para substanciar con èl, y el juicio es nulo, y no perjudica al verdadero dueño, y Señor. *Vt latè, & abundè probat D. Salg. Labyr. credit. pàrt. 2. cap. 22. per totum.*

47. Donde al n. 73. refiere, que Don Gonzalo Henriquez, siguiò pleito en el Supremo Consejo de Castilla, contra el posseedor putativo del Mayorazgo de Villalva, en que le sucediò el señor Don Alfonso Henriquez de Soto-Mayor; y haviendo obtenido la tenuta contra el posseedor putativo, siguiò nuevo pleito despues contra los acreedores censualistas de dicho Mayorazgo, sobre que se declarassen por nulas las imposiciones de diferentes censos, impuestos por el posseedor putativo, en virtud de facultad Real, por decir, que el posseedor putativo, aunque obtuvo dicha facultad para las imposiciones, fueron nulas, y no pudieron perjudicar al verdadero posseedor; y que seguida la causa, defendida por famosos Abogados, y disputadas largamente las defensas de ambas partes, fueron vencidos por executoria del año de

1635.

1635. los Acreedores censualistas, y se declarò, q̃ue dichos censos fueron *nuliter constitutos*, y no por otra razon, sino por haverlos impuesto posseedor putativo; porque este como tal, aunque podia ser parte legitima para defender los bienes del Mayorazgo, *in agendo*, no lo pudo ser para perjudicarle, y siendo este autor de la gravedad, que es notorio, que funda su opinion con tanta multiplicidad de autores, como en èl se pueden vèr, no se necessita de otro para su comprobacion.

48. Respecto de lo qual, aunque dicho Marquès se considerasse posseedor putativo de dicha casa, siendo el pleito que se substanciò con èl contra ella, y su propriedad, y en perjuìcio de los verdaderos dueños, y posseedores de ella, no fue el dicho Marquès parte legitima, para substanciarlo con èl, y el juìcio, y remate, que con èl se substanciò se debe declarar por nulo, y no puede perjudicar al dicho Don Jacinto, y sus hijos, que eran los verdaderos dueños, y posseedores de dicha casa.

49. Contra esto, se opone por el dicho Don Juan del Castillo, que el dicho Don Jacinto, y sus hijos, no pudieron ignorar la venta, y remate de dicha casa, y que bastaba, que llegara à su noticia, para que valiesse el juìcio: A que se responde, que esto es hablar en un supuesto incierto, y ponerlo en terminos de mera possibilidad, lo que no basta, para subsanar lo que por derecho fue nulo; porque para entrar en la regla de que basta la ciencia del proprio Dueño, y que este no se opusiera para inducir consentimiento, era necessario, que constasse de ella judicial, para que le pudiesse perjudicar su taciturnidad, y esta no se enquentra en los autos; porque no hai citacion especial, ni general, para q̃ pudiesse llegar à noticia del dicho Don Jacinto, y sus hijos la execucion, y remate de dicha casa; pues ni se les citò en persona, ni por memoria, ni por editos, que se huviessen fixado; porque aunque por dicho Don Juan se pidiò, que se fixassen, quando lo hizo fue despues del remate, y su aprobacion, y estos no fueron para citar, y llamar à los dueños, y posseedores, sino à los Acreedores, que pretendieran tener credito contra dicha casa, y aun no consta, que se huviessen fixado en la forma ordinaria.

50. Tambien es insubstancial lo alegado por dicho D. Juan, de que no ignoraba Don Manuel Lopez Pintado el citado remate; pues llegò à pedirle parte del sitio de dicha casa estandola posseyendo, y que por lo mismo de pedirsela, le reconociò por dueño; porque aunque es verdad, que dicho Don Manuel le pi-

diò, que le vendiesse dicha casa, ò el sitio que de ella necessitaba para perfeccionar la obra de la principal, que està executando; esto fue, como el mismo Don Juan lo alega, despues de dicho remate, y esto no es confessarle dueño legitimo; porque dicho Don Manuel ignoraba el titulo de pertenencia, y no sabia, si era por remate, ò por otra razon, sino porque se la veia posseer, en la inteligencia de que si le la vendiera, le dària titulos suficientes, y quando esto pretendiò fue antes que el dicho Don Jacinto, y sus hijos le hicieran la venta, y traspasso, y quando este se tratò, fue quando el dicho Don Manuel supo, quien era el dueño legitimo, y la nulidad que dicho remate havia contenido, y à tener antes esta noticia no le huviera pedido al dicho Don Juan la dicha casa, ni parte de su sitio; porque este no podia dàr lo que verdaderamente no era suyo, y lo huviera pedido al dicho Don Jacinto; ademàs, que antes de la referida venta, y traspasso no tenia el dicho Don Manuel derecho à dicha casa, por lo qual no le podia perjudicar consentimiento alguno.

51. Tambien se opone por dicho Don Juan del Castillo, que en la relacion à modo de inventario, que hizo el Albacea dativo, nombrado por muerte de Don Juan de Vargas, constò del mal estado, que tenia dicha casa, y que antes que muriesse tenia intencion de dexarla, y que en la quenta, que dicho Albacea diò, no se hizo cargo de su renta, por no haverla tenido, y que por esta razon no alcanzò el valor, y precio del remate à pagar à los Acreedores, cuyos reparos, y objecciones verdaderamente considerados son impertinentes para el punto de nulidad, de que se trata, pues no tienen que vèr con la falta de citaciones, y de solemnidades, en que dicha nulidad se funda; porque, el que dicha casa estuviesse bien, ò mal tratada, y que el Albacea diesse, ò no renta de ella, esto no hace al caso, para que como quiera que estuviesse, se huviera de substanciar con el verdadero dueño, y posseedor de ella para quitarsela, pues sin esta circunstancia, quier estuviesse reparada dicha casa, ò no le estuviesse, no se podia vender, ni enagenar, y que el Albacea no se huviera hecho cargo de su renta, tampoco tiene que vèr con dicho remate; ademàs de haver sido corto el tiempo de su albaceazgo, pues luego se desistiò de èl, y se declararon por herederos à la dicha Doña Maria Salvadora, y sus hermanos; y siendo la muerte de Don Juan de Vargas su Padre en 4. de Agosto de 695. en 31. de Julio del siguiente de 96. sus herederos otorgaron la transaccion

so-

ſobre la particion de los bienes, y en 12. de Agoſto del miſmo año ſe otorgò la eſcriptura de capitulaciones matrimoniales de la dicha Doña Maria Salvadora con dicho Don Jacinto, por lo qual durò tampoco la adminiſtracion de dicho Albacea, y no tuvo renta, que cargarſe, y eſto diò motivo à que el Mayordomo de dicha Fabrica la tomaſſe en adminiſtracion para hacerſe pago de ſus tributos, de la que deſpues diò la quenta, haciendoſe el cargo deſde dicho año de 695. en que muriò dicho Don Juan, haſta el de 702. como todo conſta del Memorial, num. 16.

52. Y en quanto à que por eſto no alcanzò el precio de remate à pagar à los Acreedores de dicha caſa, no ſe niega, antes ſi en eſto miſmo ſe funda la leſsion enormiſsima, que por dicho remate ſe ſiguiò à los Menores, y à los Acreedores cenſualiſtas; pues ſi el remate ſe huviera hecho, como ſe debiò, con citacion de dichos Menores, noſe huviera rematado en tan corta cantidad, y huviera alcanzado ſu valor à la paga de los Acreedores tributarios, y los Menores huvieran quedado libres de eſta obligacion, y los tributos reintegrados en ſus principales, y reditos; pero como no fueron citados, ni oìdos, no pudieron dàr mayor poſtor, ni pagar la cortedad de reditos, porque ſe ſiguiò la execucion, y quando llegò à ſu noticia trataron de venderla, como lo hicieron al dicho Don Manuel Lopez Pintado, para que eſte por sì, ò à nombre de dichos Menores, y ſu Padre intentaſſen la nulidad de dicho remate, y reivindicacion de dicha caſa con ſus frutos; de cuya venta ſe ſiguieran dos beneficios, uno à los Menores en ſalir deſta obligacion, y otro à los Acreedores cenſualiſtas, que todos ſon obras pias, porque con eſto tienen cabimento, y comprador ſeguro, para la paga de ſus reditos, y obras, lo què no tienen con el dicho remate.

53. Y aunque aſsimiſmo ſe alega, q̃ en la venta, y traſpaſſo hecho al dicho Don Manuel Lopez Pintado, no intervino intereſſe, porque fue ſolo con el cargo del tributo de los 16 ∪. mrs. y los demàs que tuvieran cabimento: tampoco eſto es del caſo para el defecto de ſolemnidades, en que ſe funda la nulidad del remate; porque el que tuvieſſen, ò no cabimento, no era de quenta del comprador, ſino del dueño legitimo, y ſi à eſte ſe huviera citado, ò pagàra la deuda, ò buſcàra quien diera el juſto precio, para que todos tuvieran cabimento, y ſolo mira eſte reparo al punto de leſsion enormiſsima, que es otro medio, en que ſe funda la nulidad, en que no ſe puede negar el grande intereſſe, q̃ tienen

nen los Menores, y los Acreedores, en que corra la venta, y traſpaſſo hecho al dicho Don Manuel Lopez Pintado; pues eſta fue en 14U118.reales, que importa el principal de los 16U. mrs. de renta, con cuyo cargo comprò dicha caſa, y el remate ſolo ſe hizo en 5U. conſiſtiendo la leſion en 9U118. reales, que diò el dicho Don Manuel mas de la cantidad de dicho remate, y eſto tienen mas los Acreedores de que hacerſe pago, y eſto menos que pagar los Menores, aun ſin hacer conſideracion de lo que dicha caſa havia rentado.

54. Tambien ſe alega por dicho Don Juan, que no le obſtan las capitulaciones matrimoniales del dicho Don Jacinto, con la dicha Doña Maria Salvadora, por dos razones. La una: porque nada tenia en la caſa la ſuſodicha, reſpecto de los muchos tributos, y ſus reditos, y por eſto la prometiò en dote ſin aprecio, y que ſolo ſe puſo por pompa, y obſtentacion; y la otra: porque Doña Violante de Guzman, que concurriò al otorgamiento como Tutora de la dicha Doña Maria, no lo fue. A que ſe ſatisface, que no ſe puede negar, que la dicha caſa fue propria de la dicha Doña Maria, y que la heredò por muerte de dicho ſu Padre; porque eſto es conſtante en los autos, y ſiendolo, aunque no ſe huvieſſen otorgado capitulaciones matrimoniales, no haviendolas enagenado, preciſamente las havia de llevar al matrimonio, quier fueſſen apreciadas, ò no, pues como bienes ſuyos ſeguian la perſona; y el que no ſe huvieſſen apreciado, y otorgado recibo el dicho Don Jacinto, y obligacion de reſtituir ſu precio diſſuelto el matrimonio, deſto ſolo puede inferirſe, que no paſsò el dominio al marido, y ſe quedò con èl la dicha Doña Maria Salvadora, como adelante ſe dirà, pero no, que por falta de aprecio huvieſſe ſido por pompa, y obſtentacion, y como quiera que ſe conſidere, aunque no tuvieſſe utilidad por el gravamen de los cenſos, con eſte cargo paſsò al marido, y por eſta razon tomò poſſeſsion de ella en nombre de la dicha ſu muger deſpues de caſado, y la debiò reſtituìr en eſpecie, porque la utilidad no conſiſte ſolo en el precio, ſino tambien en la comodidad, y conſervacion de lo que fue de ſu Padre. Y el que dicha Doña Violante, que concurriò à la eſcriptura dotal, no conſte, que huvieſſe ſido Tutora, no es del caſo; porque como fue capitulacion matrimonial, para ella no ſe requiere intervencion de Tutor, ni otra authoridad, ni licencia; porque baſta el otorgamiento de los contrayentes, por ſer eſto perſonaliſsimo de ellos,

ellos, y haviendola ambos otorgado, està demàs el otorgamiento de la dicha Doña Violante, quier fuesse, ò no tal Tutora, y su concurrencia solo sirviò de honor por la autoridad de las Personas.

55. Otra de las excepciones opuestas es, que quando el dicho Don Jacinto tomò la possession de dicha casa, se hizo saber à Doña Maria Riquelme Melgarejo, y que no consta del Padron de la Iglesia, que esta viviera en dicha casa, por lo qual no està empadronada en ella, y que esto manifiesta alguna suposicion; lo que se convence con la misma possession; pues consta fue dada por Alguacil, y Escrivano, y en ella no se refiere, ni dice, que vivia en dicha casa la referida Doña Maria Riquelme, sino que se hizo saber à una muger que alli estaba, que dixo llamarse Doña Maria Riquelme Melgarejo, y no es todo uno haverse hallado en aquel acto en dicha casa, ò ser habitadora de ella por arrendamiento; y que se huviesse hallado por accidente en ella, se comprueba, de que yà tenia en administracion dicha casa el Mayordomo de Fabrica; pues la tomò desde el año de 695. desde cuyo tiempo diò la quenta, hasta fin de 702. y no consta de ella, que diesse dicha casa arrendada à la dicha Doña Maria Riquelme; y quando el dicho Don Jacinto tomò la possession fue por Noviembre del año de 96. quando yà la tenia en administracion dicha Fabrica; con que no es del caso la certificacion, que se ha presentado, de no estàr empadronada la dicha Doña Maria Riquelme; pues esto no tiene que vèr con la falta de solemnidades del remate, y con la lesion enormissima que contuvo, ni se opone à los titulos de la pertenencia, y possession de dicha casa.

56. Del mismo modo es insubstancial, y està convencida otra excepcion opuesta por dicho Don Juan del Castillo, de que antes que muriesse Don Juan de Vargas posseìa la dicha casa la dicha Fabrica de Sant-Iago; porque ademàs de que esto no conduce à la demanda puesta, es totalmente incierto; pues como consta del Memorial, n. 16. quando dicho Mayordomo se introduxo en dicha casa para administrarla, fue el año de 95. despues de la muerte del dicho Don Juan de Vargas, y el Mayordomo diò la quenta desde dicho año, hasta el de 702. y el Albacea dativo por su fin, y muerte la puso por inventario entre los bienes, que dexò; y aunque dice, que el dicho Don Juan estaba en animo de dimitirla, esto mismo prueba, que no la havia dimitido; y si con esta supuesta excepcion quiere persuadir, que antes de la muerte del

dicho Don Juan era dueño, y posseedora la dicha Fabrica, no se alcanza, que le aproveche al susodicho; pues en este caso, si assi fuesse, debiera haver substanciado la execucion, y remate con el Mayordomo de ella, y en su fuero, y esto no hizo; con que de qualquiera forma, que lo considere, la citacion del Marquès fue nula, como tambien el remate; y aunque despues solicitò substanciar con dicha Fabrica, fue despues de hecho, y aprobado dicho remate, no considerandola dueña, ni posseedora, sino como acreedora, para que presentàra los instrumentos de sus creditos.

57. Mas despreciable es la excepcion, que opone de prescripcion, y usucapion, diciendo, que desde la muerte del dicho Don Juan de Vargas, su hija, ni sus nietos, ni el dicho Don Jacinto por ellos no han posseìdo, ni gozado la dicha casa, ni hecho caso de ella, ni arrendadola, por lo qual, aunque huviera sido del dicho Don Juan de Vargas, estuviera prescripto, ò usucapido el derecho, que pudieran tener à ella; pero en esta excepcion procede con èl ningun fundamento, que en las demàs, y en esto se adelanta la mala fee, con que se quiere quedar con ella, por diferentes razones.

58. La primera: porque este remedio de la prescripcion, y usucapion, como fundò *Parej. de instrum. edit. tit. 10. resolut. 2. à num. 57. Y Faria lib. 1. Var. cap. 9. à num. 14. Balmaced. de Collect. quæst. 91. num. 23.* es mui peligroso, y en el fuero interior mui arriesgado, y en conciencia no se puede usar de èl, sino es con titulo, y buena fee. Y *Ciriac. tom. 2. controv. 321. à num. 80.* dice, que es iniquissimo presidio del que se quiere quedar con lo ageno por este titulo. *Y Jul. Capon. tom. 4. dicept. 249. num. 50.* dice, que es peligrosissimo fundarse en prescripcion, y que solamente se puede admitir sin riesgo la impropria, que es quando se prescribe el derecho de executar, en que solo se prescribe el modo, y no la substancia, como lo fundan *Gonz. in cap. 5. de prescript. num. 10. Sabel. §. executor. num. 22. Mattheu. de regim. cap. 13. §. 1. num. 63. Cur. Philip. part. 2. §. 1. num. 8.*

59. Y siendo tan peligroso al fuero de la conciencia usar de este remedio, no se puede usar de èl en lo judicial sin gravissimos fundamentos, ò al menos no puede ayudar al que se funda en èl sin titulo, y buena fee, *leg. 9. 12. 16. 18. & 22. tit. 29. partit. 3. D. Vel. dissert. 38. n. 97.* lo q̃ no procede en el caso presente por las razones que vàn manifestadas de la lesion enormissima, y falta de solemnidades, y la collucion, que intervino entre el comprador,

y

y dicho Marquès, que excluyen el titulo, y buena fee.

60. La otra: porque es regla general, q̃ *contra impeditum non currit tempus præscriptionis. leg. 1. Cod. de annal. except. D. Larr. decis. 49. n. 5. D. Valenz. concil. 33. n. 232. & cum eis, & aliis Far. ubi supra n. 47.* en el caso presente todos los dueños de dicha casa, desde que muriò el dicho Don Juan de Vargas, han estado legitimamente impedidos; porque quando la heredò su hija Doña Maria Salvadora era Menor, y como tal contra ella no podia correr la prescripcion, *ex leg. 8. tit. 29. partit. 3.* y luego el año siguiente, durante la menor edad, se casò con el dicho D. Jacinto, cuyo matrimonio durò hasta el año de 706. q̃ muriò; y siendo dicha casa alhaja dotal, contra ella tampoco se admite prescripcion, como se manda por dicha *l.* 8. y por muerte de la susodicha recayò en sus hijos, y herederos, q̃ tambien eran Menores, y por dicha *ley* 8. se dispone, q̃ no se admita prescripcion contra los Menores mientras lo son, y contra los hijos de familia mientras estàn debaxo de la patria potestad, aunque sean Mayores, como contra la alhaja dotal constante el matrimonio, porque como dicha ley lo expressa, la muger casada, durante el matrimonio no puede usar de sus acciones, sin licencia de su marido; y los hijos no pueden usar de ellas sin licencia de sus padres; y los Menores por sì no son capaces de parecer en juicio, y es necessario lo haga su Tutor, ò Curador, y la omission deste no perjudica en sus derechos al Menor mientras lo es; y assi lo fundaron *D. Valenz. Concil. 178. à num. 61. Matienz. in leg. 8. gloss. 9. tit. 8. lib. 5. recop. n. 1. Ciriac. controv. 321. num. 57.* Luego aunque no fuera tan peligroso el remedio de la prescripcion, y para usar de ella el dicho Don Juan del Castillo tuviera titulo, y buena fee, no pudiera aprovecharse de ella contra dicha Doña Maria, y sus hijos.

61. Y aunque contra esto algunos Authores han puesto dos limitaciones, la una, que esto se entiende, quando el impedimento es tal, que no se puede amover, y quitar; y que la dicha Doña Maria Salvadora lo pudo hacer, ò bien pidiendo licencia al marido, ò al Juez, en caso de no dàrsela, con lo qual cessàra dicho impedimento, y pudiera correr la prescripcion: *Merlin. en sus Controversias, quæst. 22. à n. 9. Barb. in leg. cum notissimi, §. illud de præscript.* defienden; *& Far. cum eis ubi supra n. 54. Quod uxor non censetur sine difficultate posse impedimentum amovere, extorquendo à viro suo licentiam ad litigandum ob reverentiam maximam, quam ipsi tenetur exhibere; & num. 56.* continua diciendo: *Quod si ab spontaneo viri con-*

censu

censu pendet facultas agendi, nil difficilius, quam quod ab aliena voluntate obtinendum est, immo notant interpretes impossibile reputari, quod in alterius est arbitrio; lo que comprueba *cum doctrina Ant.Gom.lib.2. var. cap.10. num.23. & D. Covarr.in cap. quamvis pactum part.2 §.5. de pact. in sext. & Gutierr. de juram. confirm. part. 1. cap. 44.* y concluye *dict. Far. num.* 57. ibi: *Ex quibus patet non esse facile mulieri nuptæ impedimentum, quod ad agendum habet, tollere, atque ideò etiam quoad bona paraphernalia sub illa regula continetur, ut impedito agere præscriptio non currat.*

62. Y lo mismo continùa respecto de hijo de familias con el *señor Valenz. Pinel. Ciriac.Valasc. consult.* 130.*n.29.& Matienz. ubi supra, & num.6*. ibi: *Quod obtinet, & si possit præstita per patrem, aut judicem, eo renuente, licentia, stari in judicio; nam ob reverentiam, ac metum paternum censetur difficilè, impedimentum removere, sicut de uxore diximus;* y lo mismo continùa en los bienes adventicios, *num.63*. ibi: *At circa dict. l. 24. partit. filio familias præscriptionem non officere, ut temporis lapsu excludatur à revocando alienata per patrem, urgenti ratione defendi potest: Etenim cum prius debeat patrem convenire, & bona ejus excutere, quam ad extraneos rerum suarum possessores deveniat; hoc maximum impedimentum est filio propter metum, ac reverentiam patris, sub cujus potestate est constitutus, atque ideo succedit regula dictæ legis primæ C. de annal. except. Vt impedito agere non currat præscriptio.*

63. La otra limitacion es, què la regla de *impedito non currit tempus*, se entiende quando no es incohada la prescripcion antes del matrimonio de la muger, ò antes de suceder los hijos de familias, y Menores, porque si dicha prescripcion fue incohada en tiempo de sus authores, continùa en la muger casada, y en sus hijos, aunque sean Menores. Pero esta limitacion no viene al caso, porque la dicha prescripcion no fue incohada en tiempo del dicho Don Juan de Vargas, para que continuasse en su hija, y nietos; pues dicho Don Juan tuvo, y gozò dicha casa, hasta el dia de su muerte, y mediante ella sucediò la dicha su hija, sin haver tomado principio la prescripcion, por lo qual no pudo haver continuacion, y menos en sus hijos, que han puesto la demanda, porque tampoco huvo termino, en que pudiera incohar por su menor edad.

64. La otra razon es; porque ha sido ocioso mover esta question de prescripcion, ò usucapion; porque hasta ahora no ha tenido principio, ni podido tenerlo, pues el dicho Don Juan de

Var-

Vargas muriò en Agosto del año de 695. y por su muerte, sin acto alguno de aprehension sucedieron sus hijos en la possession del padre, como lo fundò *Garc. de nobilit. gloss.* 12. *n.* 18. *& gloss.* 40. *n.* 6. *Meres de maior. part.* 3. *quæst.* 17. *& Valasc. consult.* 126. y quando se requiriera algun acto de aprehension de dicha possession, este lo huvo; porque por muerte del dicho Don Juan de Vargas, entre los demàs sus bienes, se inventariò dicha casa para la particion, y en la que se hizo convencional, le quedò adjudicada à la dicha Doña Maria Salvadora, la qual el año siguiente la traxo, y prometiò en dote al dicho Don Jacinto Serrano, quien el mismo año tomò possession de ella, con que no huvo hueco, en que tomàra principio la prescripcion, ò usucapion, ni tampoco de la dicha Doña Maria Salvadora à sus hijos, por ser Menores, è hijos de familia quando sucedieron en ella, y no haviendo tomado principio, no pudo esta ser motivo, para que al tiempo que se hizo el remate en dicho Don Juan, se pudiera considerar dueño de ella el Marquès, para substanciar con èl el remate; pues mal podian los Menores haver perdido su derecho por prescripcion, ò usucapion, que no llegò à tener principio, porque sin èl no pudo llegar à completarse el termino de ella.

65. Y aunque contra esto se dice, que desde el año de 95. estuvo la Fabrica posseyendo dicha casa, hasta el de 702. y que desde el de 703. la estuvo posseyendo el Marquès, hasta el de 723. se satisface, con que ninguno de estos tuvo possession de dicha casa *nomine proprio*; porque el Mayordomo de dicha Fabrica, como consta del Memorial, num. 15. la entrò à administrar, por el interès de sus tributos, y para repararla, y hacerse pago de sus reditos, assentando, que era propria de la dicha Doña Maria Salvadora, y con efecto la administrò en su nombre, y con el dicho titulo, y como tal diò su quenta ante el Provisor, à pedimento del Marquès; y este quando entrò en ella el año de 703. fue *para administrarla, y con su renta cumplir las Missas de dicha Capellania*, como consta del Memorial, num. 14. y siendo esto en administracion, no adquirieron dominio, ni possession, porque administraban en nombre del dueño, y posseedor, y durante dicha administracion no pudieron adquirir para sì dominio, ni possession, y si alguna tuvieron fue *mere præcaria*, y por esta razon la *l.* 4. *tit.* 15. *lib.*4. *recop.* expressamente dispone: *Que si alguno tuvo, ò posseyò alguna heredad, ù otra cosa á empeños, ò encomienda, ò arrendada, ò aloxada, no se pueda defender por tiempo; porque estos à tales non son*

tenedores por si, mas por aquellos de quien la tienen; y esto es lo que sucediò en el caso presente; porque el Mayordomo la tuvo empeñada, para hacerse pago de los reditos de sus censos, y el Marquès para hacerse pago de las Missas de la Capellania, por cuya razon mientras la tuvieron no pudieron adquirir derecho de prescripcion, ni usucapion, ni considerarse dueño, ni posseedor al Marquès para substanciar con èl.

66. Esto mismo fundò *Ant. Gom. in dict l.45. Taur.num.* 11; ibi: *Et adde, quod effectus maximus resultat ad hoc, an solum detineat, vel possideat, quia si quis solum habent detentationem, non potest usucapere, nec præscribere: ut in regula sine possessione de regul. jur.* por lo qual las possessiones que tuvieron dichos Mayordomo, y Marquès, no merecen nombre de tales, sino de meras detentaciones, las quales no causan prescripcion, ni usucapion; y haviendo sido dicho Marquès mero detentador, ò administrador de dicha casa, por via de prenda, solo para cobrar la limosna de las Missas de dicha Capellania, no se pudo, ni debiò citarlo de remate, ni substanciar con èl el juicio, y por esto mismo en su declaracion del año de 23. citada num. 5. del Memorial, no dixo, que era dueño, ni posseedor, sino que estaba gozando, y posseyendo dicha casa.

67. Y aunque se alega, que dicho Don Jacinto no hizo caso de dicha casa, y la dexò como *pro derelicto*, y que à su vista, ciencia, y paciencia, viendo, que la posseìan el dicho Mayordomo, y Marquès, y el dicho Don Juan del Castillo, despues del remate, nunca dixo cosa alguna, y que esto es lo mismo que dexarla *pro derelicto*, en cuyo caso se pierde el dominio, y possession, y que como vacante se adquiere para el que primero la ocupa, y que la hace suya passado el termino de la usucapion, ò prescripcion. Todo esto se excluye, no solo con lo que và dicho, sino tambien con la *l.12. tit.30. partit.* 3. que dispone, que aunque el que tiene una cosa raiz, la dexe, y desampare, siempre se entiende, que la possee, porque aunque no la ocupe corporalmente, conserva la possession en el animo, cuyas palabras son estas. ibi: *Despues que ha home ganado la tenencia de alguna cosa, siempre se entiende, que es tenedor de ella: quier la tenga corporalmente, quier non, fasta que la desampare con la voluntad de la non haver: cà como quier que todavia non la tenga corporalmente la cosa, siempre puede ser tenedor de ella en su voluntad*; por cuya razon haviendo tomado la possession corporal de ella el dicho Don Jacinto luego que se casò, por haverla su muger traìdo en dote, aunque despues no la ocupasse corporalmente,

ralmente, no por esto perdiò el dominio, y possession, porque lo conservò en el animo, y voluntad, quier la ocupasse, ò no; porque para perderla, si fuera suya propria, y no de su muger, ni de sus hijos, conforme à la disposicion de esta ley, era necessario, que la desamparasse, *con voluntad de la non haver*; esto es, dexandola absolutamente *pro derelicto*, ò dimitiendola à su propriedad, y dueño del dominio directo, no para que la administrasse, sino en propriedad, consolidandolo con el util.

68. Por lo qual, aunque dicho Don Jacinto, y su muger, è hijos no ocupassen corporalmente dicha casa, no por esto se entiende dimitida, y dexada; ademàs de que aunque quisieran ocuparla corporalmente, no lo podian hacer; porque como el dicho Don Juan de Vargas quedò debiendo los reditos de dichos censos, luego, que muriò, el Mayordomo de dicha Fabrica se entrò en ella à administrarla por prenda para hacerse pago de dichos reditos, de cuya administracion despues diò quenta al Juez Eclesiastico, y despues la pidiò tambien dicho Marquès para administrarla, y hacerse pago de la limosna de las Missas de dicha Capellania, y no podia ocuparla dicho Don Jacinto corporalmente, sino es pagando los reditos, que debia de su tiempo, y de dicho su Suegro, lo que no pudo hacer por su pobreza, y falta de medios.

69. Por haver dexado à dicha Fabrica, y Marquès, que la administrassen para hacerse pago, no perdiò la tenencia, y possession de ella; porque estos la tenian, y administraban, no por sì, sino es en nombre de dicho Don Jacinto, su muger, y hijos; y assi lo expressa *dicha l. 12. tit. 30. partit. 3.* ibi: *E non tan solamente se entiende, que es home tenedor de la cosa por sì mismo despues que es apoderado: mas aun lo es por su personero, ò por su labrador, ò por su amigo, ò por su huesped, ò por su fijo, ò por su siervo, ò por qualquier destos, que la tengan, è usen de ella en su nombre.* Que es lo mismo que dispuso la *l. 4. tit. 15. lib. 4. recop.* que va citada; con que en haverla dexado administrar no perdieron el dominio, y possession.

70. Como ni tampoco, en que la viessen reparar, y que el dicho Don Jacinto huviesse entrado en casa del dicho Don Juan despues de dicho remate, y huviesse visto la obra, y no huviera dicho cosa alguna, como lo articulò, y tratò de probar el dicho Don Juan del Castillo, à la 5. pregunta de su interrogatorio; porque sus proprios testigos contra producentem dicen à lo que iba, que fue à pedir, que le socorriesse su necessidad, y esto mismo prue-

prueba la impoſsibilidad de poder deſempeñar dicha caſa, y para ello pagar los reditos, y es nuevo motivo, para que contra èl, y ſus hijos no pudieſſe correr la preſcripcion, ò uſucapion; porque es privilegio eſpecial, concedido à la pobreza: *Velaſ. de privileg. Paup. part. 1. quæſt. 32. à n. 8.* Y aunque viò en dicha caſa al dicho Don Juan, y que eſtaba haciendo obra en ella, por lo miſmo, que le iba à pedir, no le preguntò, por què titulo la poſseìa, y tuvo juſto motivo para ignorar, ſi fue por remate, compra, ò por arrendamiento, ò por mera permiſsion del dicho Marquès; y aunque lo huviera entonces ſabido, deſpues no ha corrido termino para uſucapir, y preſcribir; porque el remate fue el año de 723. y quando ſe intentò la nulidad fue el año de 728.

71. Y aunque dicho Don Jacinto huviera tenido en eſto alguna omiſsion, ò culpa, como la caſa no era ſuya propria, no pudiera cauſar perjuìcio à ſus hijos Menores, que eſtaban debaxo de ſu patria poteſtad, que eran los dueños, y poſſeedores de dicha caſa al tiempo de dicho remate, y lo fueron deſpues haſta que la traſpaſſaron al dicho Don Manuel Lopez Pintado; porque como và fundado en eſte diſcurſo, contra los Menores, mientras lo ſon, ni contra los hijos de familia, mientras eſtàn debaxo de la patria poteſtad no corre el termino de la preſcripcion, y uſucapion; y ninguno puede uſucapir, ni preſcribir los bienes de ellos, ni la omiſsion, y deſcuido del Padre, ò Curador les puede cauſar perjuìcio.

72. La excepcion, en que mas ha cargado la conſideracion el dicho Don Juan del Caſtillo, es en el pedimento que ante el Ecleſiaſtico preſentò Juan Lopez Diaz de Mendoza, Procurador de aquel Tribunal, en nombre de dicho Don Jacinto Serrano, como marido de la dicha Doña Maria Salvadora, en que dixo, que no tenia coſa alguna en dicha caſa, ni la poſſeìa, y que por eſta razon no le debia parar perjuicio la notificacion, que ſe le havia hecho à ſu muger. Y para venir en conocimiento de ſi puede, ò no parar perjuicio, es preciſo volver à reflexionar el hecho de aquel pleito, en que ſe hizo dicha notificacion, y ſobre que ſe ſufria, y para que efecto ſe hizo, y à pedimento de què Perſona; porque deſte conocimiento ha de reſultar, que dicho pedimento no puede aprovechar al dicho D. Juan en manera alguna para ſubſanar las nulidades, y defectos, que contiene ſu remate.

73. El dicho Pleito Ecleſiaſtico tuvo principio por Febrero del

del año de 703. à pedimento del Marquès de Castellon, como Patrono de la Capellania, que en dicha Iglesia de Sant-Iago fundò Doña Maria de Ayala, en que dicho Marquès, como tal Patrono, dixo, que el Mayordomo de Fabrica de dicha Iglesia estaba administrando dicha casa, y percibiendo sus rentas, y estaba maltratada, y con necessidad de reparos, y pidiò se le diera la possession de ella *para administrarla* por el tributo; que sobre ella tiene la dicha Capellania, para cobrar la limosna de las Missas de ella; y assimismo pidiò, que se le notificàra al dicho Mayordomo, que diesse la quenta de la administracion, que havia tenido, y renta que havia cobrado, y dado traslado à dicho Mayordomo; este lo contradixo, diciendo, que dicho Marquès no era parte para pedirlo, por no ser dueño de dicha casa, y que quien lo era fue Don Jacinto Serrano; como marido de Doña Maria Salvadora de Vargas su muger, quien la havia heredado de Don Juan de Vargas su Padre, y pidiò; que se le hiciera saber el estado de dichos autos, y pretension de dicho Marquès à la dicha Doña Maria Salvadora en presencia de su marido, y con efecto se le notificò.

74. En este estado fue quando el dicho Don Jacinto, como marido de la susodicha diò poder al dicho Juan Lopez Diaz de Mendoza, para que le defendiesse en dicho Pleito, y saliò à èl, y diò el pedimento, que và citado, en que dixo no posseìa dicha casa, ni tenia cosa alguna en ella; y con este motivo se mandò, que dicho Mayordomo diera la quenta, y con efecto la diò; y de ella resultò ser acreedora la dicha Fabrica; y el Marquès continuò en su pretension; pero no llegò el caso de que se le mandàra dàr la possession, ni que la tomasse judicial, porque extrajudicialmente, solo con el motivo de haverla pedido, se introduxo en dicha casa, y empezò à usar de ella desde el dicho año de 703. como lo tiene declarado, y despues de estàr en ella pidiò se le diera à tributo, pero no tuvo efecto; porque luego que se le pidiò por dicho Mayordomo, que diera fianzas con hipothecas libres; se retirò, y no continuò mas su pretension.

75. Supuesto este hecho por cierto, porque assi consta instrumentalmente, veamos ahora lo que resulta de èl; què pueda causar perjuicio à la dicha Doña Maria Salvadora, y sus hijos? y si esta pudo quedar despojada de dicha casa por el mero hecho del referido pedimento, dado por el Procurador? y lo que se saca, es, que en ningun modo le pudo perjudicar, ni privar à la dicha Doña Maria del dominio, y possession de dicha casa por las razones siguientes.

76. La

76. La primera, porque dicho pedimento no està firmado de la susodicha, ni de su marido, si solo del Abogado, y su Procurador, cuya confession, y consentimiento en ningun modo causa perjuicio al dueño, y mandante, que le diò el poder; lo uno, porque este fue limitado del dicho Don Jacinto, para que le defendiesse en dicho pleito, y no para que renunciasse el derecho de su parte: y lo otro, porque semejante confession, y renuncia se tiene por enagenacion, ò donacion, que el Procurador no puede hacer sin especial poder: *l. proinde*, §. 1. *ad leg. Aquil. Gratian tom. 2. cap. 224. n. 41. & 42. & tom. 4. cap. 699. n. 8.* ibi: *Quia de expressa ratificatione nullibi constat, & quatenus de ea appareret, non subsisteret, quamvis esset facta à Procuratore habente facultatem amplissimam, etiam cum libera, & quod posset facere omnia, quæ verus dominus cum similibus clausulis, per quas nunquam censetur concessa facultas donandi, nec remitendi jura liquida, & faciendi damnosa, & præjudicialia domino*; y la razon es, *quia in mandato quantumvis generale censetur semper, exceptum præjudicium domini: ex l. Creditor, §. Lutius D. mandati, & l. filius familias de donation.*

77. Y aunque el poder no huviera sido litimado para defenderlo, sino general, con libre administracion, y que hiciera quanto pudiera su dueño, si estuviera presente, sin que por falta de poder dexàra de hacer lo necessario, tampoco pudiera perjudicar al dueño el hecho del Procurador; porque semejante poder, con esta amplitud, siempre se entiende, y restringe à lo expressado en dicho poder, y no mas, *ut probat dict. Gratian. ubi sup. & Mantic. de tacit. & ambig. conventionib. lib. 7. tit. 16. n. 25. & 40. cum leg. si de certa C. de transact. clem. 2. de probat. in 6. D. Castill. lib. 4. controv. cap. 42. n. 14. cum multis. Barb. de Clausul. claus. 35. num. 6. 16. 34. & sequent.* sin que se pueda presumir, que la confession, ò acto hecho por el Procurador en perjuicio del mandante fue de orden de este, ni presumirse, que lo hizo de su consentimiento; porque antes si se presume en èl la ignorancia, *ut probat. dict. Gratian. tom. 4. cap. 752. n. 19.* porque haviendo dado el poder para defenderle, no es visto, ni presumible, que contra su proprio mandato le diera facultad para renunciar su derecho al mismo tiempo que lo daba para defenderlo.

78. *Et Dom. Salg. de reg. protect. part. 1. c. 5.* disputando *utrùm* perjudique al dueño la omission de su Procurador en no apelar de la sentencia contraria à su parte, ò renunciar la apelacion, q̃ tenia interpuesta, haviendo fundado, que esta omission, consentimiento,

to, ò renuncia del Procurador no perjudica al mandante, al *n.99.* dà la razon, y se explica con estas palabras, ibi: *Omnes igitur hujusmodi Procuratores, & administratores requirunt speciale mandatum ad expresse renuntiandum*; y si esto no puede hacer el Procurador en perjuicio de su dueño en punto de apelacion, menos lo podrà hacer en lo principal de su derecho. Y que el hecho del Procurador no pueda perjudicar à su dueño, aunque tenga la clausula de libre, y general administracion en caso mas estrecho lo defiende *D.Larr. decis. 19. con Gutierr. Scob. dict. Gratian. D.Covar. y otros*; pues la especie de dicha decision fue haver uno dado poder general à un pariente suyo para administrar sus bienes, cobrar, y dàr cartas de pago, y percebir los reditos de diferentes censos con clausula expressa de q̃ hiciera todo quanto pudiera hacer èl estando presente, *aunq̃ requiera especial mandato, ò presencia del mandante*, y teniẽdo dicho poder clausula tan amplia, lo q̃ sucediò fue, q̃ el deudor de un censo para redimirlo depositò el principal en el Administrador, y teniendolo en deposito huvo mutacion de moneda, de la qual resultò perjuicio al mandante, y seguido pleito por el deudor del censo, q̃ hizo dicho deposito contra el dueño, sobre q̃ se havia de declarar havia cumplido, y ser legitimo dicho deposito, y que desde entonces no debian correr los reditos, y que se havia de chancelar la imposicion, defendiendose el acreedor, por decir, que la amplitud de dicho poder, y las clausulas tan exuberantes que contuvo, no se pudo estender à recebir, y cobrar los principales de los censos; disputadas de una, y otra parte las razones de su defensa, huvo la resolucion de la Real Chancilleria de Granada, que trae al num. 13. del tenor siguiente. ibi: *Senatus reum creditorem, qui conveniebatur à debitore, absolvendum decrevit, & census redemptionem ex prædicta obsignatione pecuniæ locum non habuisse, unde consequenter periculum diminutionis debitorem contingere.*

79. *Et Domin. Salg. in labyrint. credit. part. 3. cap. 2. n. 81. cum multis* defiende, que el Procurador à quien se le diò poder para defender un Pleito, no puede renunciar el derecho de su parte, y que por esta razon en el Concurso de Acreedores no puede renunciar la hipotheca, y derecho de prelacion, que compete à la parte, que defiende; y que aunque lo haga, no perjudica al mandante, sino es que se le haga saber en persona, y lo consienta con el *text. in leg. si concensu §. videamus D. quib. mod. pign. vel hipoth. solvit.* y en terminos de Administrador defendiò lo mismo *part. 1. cap. 15. num. 18.* y con varios fundamentos lo probò tambien

Fa-

Farinac. decis. 495. *num.* 7. Por lo qual la confession, que el Procurador del dicho Don Jacinto Serrano hizo en el citado pedimento ante el Eclesiastico, diciendo, que no tenia cosa alguna en dicha casa, como hecha por èl, sin firmarla, ni consentirla el dicho Don Jacinto, no le pudo causar perjuicio, y menos à su muger, y hijos.

80. Y aunque parece firmado dicho pedimento de Abogado, tampoco esto induce consentimiento, mientras la parte no lo firma, pues si la confession del Procurador, que es quien habla, no perjudica al dueño, menos lo podrà hacer el Abogado, y no obstante, que este, ò el Procurador, erroneamente en los libelos digan, ò aleguen alguna cosa, que sea en contra del derecho de la parte, que defienden, lo pueden retratar, y reponer reformando lo que tienen dicho, como sea antes de la sentencia, y esto mismo puede hacer la misma parte, como lo dispone la *l.* 8. *tit.* 6. *partit.* 3. y no constando, que la parte se hallasse presente al formar dicho pedimento, y que la consintiera, ni que la haya firmado, no le puede servir de perjuicio el que la firmassen el Procurador, y Abogado; y con mas razon siendo falso, y supuesto el contenido de dicho pedimento, ò al menos error manifiesto, que prueba con evidencia no haverse hecho en presencia de dicho Don Jacinto, ni dado orden para hacerlo; y por lo mismo no lo firmò; pues siendo alhaja de que fue dueño, y posseedor su Suegro, y que traxo en dote su muger, y de que el dicho Don Jacinto havia tomado possession, y que constaba en aquellos autos por las defensas, que hizo el Mayordomo de dicha Fabrica, no era dable, que dixesse, que no tenia cosa alguna en dicha casa, ni le pretenecia; y el mismo hecho de haver dado poder à Procurador, para que lo defendiesse, està manifestando lo contrario; pues si la casa no fuera de su muger, no tenia necessidad de dàr poder para que le defendiesse, y no lo huviera dado, sino tuviera cosa alguna en dicha casa.

81. Ademàs de esto se debe tener presente la naturaleza de aquel Pleito Eclesiastico, y el efecto para que se le hizo saber su estado à el dicho Don Jacinto, y su muger, y por el mismo se reconocerà, que nunca le pudo perjudicar dicho pedimento; porque su contenido apela sobre lo mismo que se trataba, y en dicho Pleito no se tratò de dominio, y possession de dicha casa; porque solo se intentò por dicho Marquès, como Patrono de dicha Capellania, pidiendo dos cosas; la una, como tal Patro-

no,

na, y Acreedor por dicha Capellania, que se le diesse possesion de dicha casa para administrarla, para pagar las Missas; y la otra, que el Mayordomo de dicha Fabrica diesse la quenta de la administracion, que havia tenido, y por haver dicho Mayordomo opuesto, que el Marquès no era parte legitima para pedirle la quenta, diciendo, que lo era la dicha Doña Maria Salvadora, pidiò, que se le hiciera saber el estado de los autos, y entonces fue quando se presentò el pedimento à nombre de dicho Don Jacinto, y como lo que pedia el Marquès era possession por via de prenda para administrar dicha casa, y esto no lo podia impedir dicho D. Jacinto, sino es pagandole (lo que no podia hacer) no se opuso, como ni tampoco a q̃ el Mayordomo diesse la quenta; porque uno, y otro le convenia, y debiendo decir en dicho pedimento, que consentia lo pedido por dicho Marquès, ò que no se le ofrecia que decir contra su pretension, lo estendiò con error el Procurador, diciendo, que no tenia cosa alguna en dicha casa; cuyo error tan manifiesto, y nocivo à la dicha Doña Maria Salvadora, y sus hijos, sin cuyo consentimiento se diò dicho pedimento, no les puede parar perjuìcio, ni dàr al Marquès dominio, ni possession, que no tenia.

82. La otra razon es, porque el dicho Juan Lopez Diaz de Mendoza, que firmò dicho pedimento, no era Procurador de la dicha Doña Maria Salvadora; porque esta no le diò el poder, sino el dicho Don Jacinto, y la casa no era de este, sino de su muger; y ademàs de esto, en el mismo pleito fue Procurador despues del dicho Marquès de Castellon, y en nombre de èl pidiò se le diesse dicha casa à tributo, lo que hace presumir, que el primero pedimento, que hizo à nombre de dicho Don Jacinto, fue dirigido, y dispuesto por el mismo Marquès, para conseguir el fin de tomar à tributo dicha casa, y para que no huviesse parte interessada, que se lo contradixesse, ni fuera necessario substanciar con la dicha Doña Maria Salvadora, que era quien lo podia contradecir, y que dicho Marquès huviesse intentado esta pretension, y que dicho Juan Lopez Diaz de Mendoza, huviera sido Procurador de ambas, y firmado los pedimentos, consta de los testimonios de dicho pleito Eclesiastico, presentados por ambas partes, como tambien el que no tuvo efecto la data à tributo de dicha casa, ni tomar dicho Marquès la possession que pidiò en administracion.

83. Y la ultima es, que aunque el dicho D. Jacinto huviesse

firmado dicho pedimento, y huviera consentido lo que en èl se expressò, no podia perjudicar à la dicha Doña Maria Salvadora, ni à sus hijos, ni por esto tenerse à dicho Marquès por dueño, ni posseedor de dicha casa; porque esta fue alhaja dotal, que la susodicha prometiò en dote al dicho Don Jacinto su marido, y la traxo al matrimonio inestimada, y sin aprecio; porque aunque en las capitulaciones matrimoniales se capitulò, que se havian de apreciar los bienes, que dicha Doña Maria prometiò en dote, nunca llegò el caso de hacer este aprecio de dicha casa, ni de los demàs bienes, y siendo alhaja dotal inestimada, no passò el dominio al marido, y se quedò en la muger, *leg. unic. §. & cum lex. C. de rei uxor. act. leg.7. tit.11. part. 4. Gom. in leg. 50. Taur. n.42. 43. & 44.* à diferencia de los bienes dotales estimados por aprecio que hace venta, porque en estos passa el dominio al marido, aunque revocable, y los puede vender, y enagenar, sin consentimiento de la muger; porque solo es deudor de cantidad, y no de especie, y solamente le queda à la muger el remedio subsidiario para perseguir su alhaja dotal en caso de no tener el marido bienes de que pagar la dote; lo que no sucede en los inestimados; porque estos los debe restituìr en su misma especie: *ita Fontanel. tom.2. de pact. Nupt. claus.5. gloss.8. part. 13. per tot. Guzm. Verit. juris, verit.26. num.21.*

84. Por lo qual, como el marido no tiene el dominio de los bienes dotales inestimados, no puede hacer acto, que perjudique al de la muger, ni consintiendo, ni enagenando, ni en otra forma, y qualquiera auto, ò sentencia, que con el marido se haya substanciado, no perjudica à la muger, aunque lo haya seguido, como conjunta persona, *ita Scac. de sentent. & re judic. gloss. 14. quæst. 12. num.46. & quæst. 11. num.29. & de judic. lib.1. cap. 101. à num. 48.*

85. Porque aunque el marido, como conjunta persona, puede litigar sin poder de la muger en lo que à ella toca, hecha la caucion, que previene la *l. maritus, C. de procurat.* sin embargo, quando litiga *tanquam conjuncta persona*, sin poder de la muger, à esta no le perjudica la cosa juzgada, si ella no la aprueba, y consiente. *l.1. cum gloss. C. quibus res judic. non noscet, l. cum maritum. 11. C. de solutionib. l.6. tit.2. lib.2. fuer. juzg. l.10. tit.15. partit. 3. & Parlad. lib. 2. rer. quotid. cap. fin. part. 3. §. 1. num. 6. versic. in cæteris, & part.5. §.17. num. 4. versic. non idem in cæteris rebus. Cur. Philip. p. 2. §. 9. num. 5. & in fin. versic. mas los bienes. Rodrig. de*

execut.

execut. cap. 3. *n.* 12. *versic. in cæteris*. En tanto grado, que aunque la muger enagene la cosa dotal; ò consienta con juramento la enagenacion hecha por su marido, todavia puede anular la venta, y rescindir el contrato, y esto mismo pueden hacer sus herederos, como fundò *D. Castill. lib.* 8. *cap.* 59. *n.* 71. aunque la muger en su vida no lo huviera intentado.

86. Y por esta razon, si el marido, que sin poder de la muger litigò, tuvo alguna omission, ò descuido en defender los bienes dotales, no perjudica à la muger, y esta, y sus hijos, sin embargo, pueden reivindicar sus bienes, y los de su marido para resarcir el daño, que por su culpa, y omission se le siguiò, *ex l. Titio centum*, §. *fin. D. de condict. & demonstrat. & Gom. in l.* 40. *Taur. n.*74. *& Scac. ubi supr.*

87. De que resulta, que aunque el dicho Don Jacinto huviera firmado el dicho pedimento, no podia causar perjuicio a la dicha Doña Maria Salvadora, y à sus hijos, y que estos sin embargo de que lo consintiera podian reivindicar, y sacar la casa de qualquiera posseedor, ò detentador; y si esto debia practicarse, haviendo consentimiento, y firma del dicho Don Jacinto, con mucha mas razon se podrà hacer no haviendolo, como con efecto no lo huvo; y si vendiendo la muger, y consintiendo la venta, y enagenacion hecha por el marido, aunque sea con juramento, puede rescindir, y anular el contrato, con mucha mas razon lo podrà hacer, y por ella sus herederos en el caso presente, que ni huvo venta, ni enagenacion, sino un error manifiesto, ò descuido del marido, y de su Procurador, que falsamente alegò, que no tenia cosa alguna en dicha casa.

88. Y aunque para salvar la nulidad del remate, y mantener la citacion al Marquès, se enuncia, ò dà à entender, que basta, que dicho Marquès fuesse Patrono de la dicha Capellania, y q̃ como tal gozasse la casa, para poderlo citar de remate, se convence, con lo que và dicho sobre posseedor putativo, y ademas, con lo relacionado en el Memorial, n. 5. & 6. y con lo que consta fol. 27. y 235. B. pues quando se citò de remate al Marquès, y quando dicho remate se hizo, todavia no tenia adjudicado el Patronato, ni estaba declarado por Patrono, porque quando se le citò de remate fue en 19. de Mayo de 723. y el remate se hizo en 12. de Agosto del mismo año, y quando se declarò por Patrono a dicho Marquès, fue en 9. de Mayo de 724. con que no pudo ser citado como Patrono; y aunque lo fuera, como no era dueño, sino acreedor, no pudiera valer su citacion.

89. Y

89. Y ultimamente, para excluir la pobreza, que alega dicho Don Jacinto, se presenta por dicho Don Juan testimonio de haver vendido el Oficio de Veinteiquatro de esta Ciudad, que possèia el dicho Don Jacinto, en mas de 2U. ducados, diciendo, que pues tenia este caudal, no era pobre, y pudiera, si quisiera, haver puesto cobro à dicha casa, y pues no lo hizo, es prueba de haverla dexado pro derelicto, pero esto se satisface por tres medios; el uno, que quando dicho Don Jacinto vendiò dicho Oficio, siendo de honor, es prueba, que no tenia otra cosa, que vender, y pues vendiò lo que era de honor, y lustre, no era necessario otra prueba de su pobreza; el otro, que el mismo Castillo, a la 5. pregunta de su interrogatorio probò, que dicho Don Jacinto le iba à pedir limosna, y pues se la pedia, necessidad tendria, y no es menester otra prueba de su probeza, en aquel tiempo; y el otro, que no consta, què cargas, y gravamenes tenia dicho Oficio, ni quanto quedò libre de su precio, ni en que se convirtiò, y si se procediera con buena fee, se huviera sacado, y constara, que con el precio de èl, no se pudo remediar, y poner cobro a dicha casa, porque se convirtiò en pagar deudas, que le afligian.

Por cuyos fundamentos esperan estas partes se revoque el auto del Juez Ordinario, y se declaren por nulos los de dicha execucion, y el remate de dicha casa en ellos fecho; y que a dicho Don Juan se condene a la restitucion de ella, con sus frutos, y rentas, hasta la efectiva restitucion. S. V. D. D. C.

Lic. D. Juan Perez Huelva.